



This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

- + *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.
- + *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.
- + *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.
- + *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at <http://books.google.com/>



Über dieses Buch

Dies ist ein digitales Exemplar eines Buches, das seit Generationen in den Regalen der Bibliotheken aufbewahrt wurde, bevor es von Google im Rahmen eines Projekts, mit dem die Bücher dieser Welt online verfügbar gemacht werden sollen, sorgfältig gescannt wurde.

Das Buch hat das Urheberrecht überdauert und kann nun öffentlich zugänglich gemacht werden. Ein öffentlich zugängliches Buch ist ein Buch, das niemals Urheberrechten unterlag oder bei dem die Schutzfrist des Urheberrechts abgelaufen ist. Ob ein Buch öffentlich zugänglich ist, kann von Land zu Land unterschiedlich sein. Öffentlich zugängliche Bücher sind unser Tor zur Vergangenheit und stellen ein geschichtliches, kulturelles und wissenschaftliches Vermögen dar, das häufig nur schwierig zu entdecken ist.

Gebrauchsspuren, Anmerkungen und andere Randbemerkungen, die im Originalband enthalten sind, finden sich auch in dieser Datei – eine Erinnerung an die lange Reise, die das Buch vom Verleger zu einer Bibliothek und weiter zu Ihnen hinter sich gebracht hat.

Nutzungsrichtlinien

Google ist stolz, mit Bibliotheken in partnerschaftlicher Zusammenarbeit öffentlich zugängliches Material zu digitalisieren und einer breiten Masse zugänglich zu machen. Öffentlich zugängliche Bücher gehören der Öffentlichkeit, und wir sind nur ihre Hüter. Nichtsdestotrotz ist diese Arbeit kostspielig. Um diese Ressource weiterhin zur Verfügung stellen zu können, haben wir Schritte unternommen, um den Missbrauch durch kommerzielle Parteien zu verhindern. Dazu gehören technische Einschränkungen für automatisierte Abfragen.

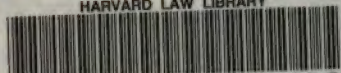
Wir bitten Sie um Einhaltung folgender Richtlinien:

- + *Nutzung der Dateien zu nichtkommerziellen Zwecken* Wir haben Google Buchsuche für Endanwender konzipiert und möchten, dass Sie diese Dateien nur für persönliche, nichtkommerzielle Zwecke verwenden.
- + *Keine automatisierten Abfragen* Senden Sie keine automatisierten Abfragen irgendwelcher Art an das Google-System. Wenn Sie Recherchen über maschinelle Übersetzung, optische Zeichenerkennung oder andere Bereiche durchführen, in denen der Zugang zu Text in großen Mengen nützlich ist, wenden Sie sich bitte an uns. Wir fördern die Nutzung des öffentlich zugänglichen Materials für diese Zwecke und können Ihnen unter Umständen helfen.
- + *Beibehaltung von Google-Markenelementen* Das "Wasserzeichen" von Google, das Sie in jeder Datei finden, ist wichtig zur Information über dieses Projekt und hilft den Anwendern weiteres Material über Google Buchsuche zu finden. Bitte entfernen Sie das Wasserzeichen nicht.
- + *Bewegen Sie sich innerhalb der Legalität* Unabhängig von Ihrem Verwendungszweck müssen Sie sich Ihrer Verantwortung bewusst sein, sicherzustellen, dass Ihre Nutzung legal ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass ein Buch, das nach unserem Dafürhalten für Nutzer in den USA öffentlich zugänglich ist, auch für Nutzer in anderen Ländern öffentlich zugänglich ist. Ob ein Buch noch dem Urheberrecht unterliegt, ist von Land zu Land verschieden. Wir können keine Beratung leisten, ob eine bestimmte Nutzung eines bestimmten Buches gesetzlich zulässig ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass das Erscheinen eines Buchs in Google Buchsuche bedeutet, dass es in jeder Form und überall auf der Welt verwendet werden kann. Eine Urheberrechtsverletzung kann schwerwiegende Folgen haben.

Über Google Buchsuche

Das Ziel von Google besteht darin, die weltweiten Informationen zu organisieren und allgemein nutzbar und zugänglich zu machen. Google Buchsuche hilft Lesern dabei, die Bücher dieser Welt zu entdecken, und unterstützt Autoren und Verleger dabei, neue Zielgruppen zu erreichen. Den gesamten Buchtext können Sie im Internet unter <http://books.google.com> durchsuchen.

HARVARD LAW LIBRARY



3 2044 097 772 933



HARVARD LAW LIBRARY

Received **MAY 8** 1923

Germany



Sequestration und Arrest

im

Römischen Recht.

Von

D. Theodor Muther.

Iura inuenta metu iniusti, fateare necesse est,
Tempora si fastosque uelis euoluere mundi.

HORATIUS.

Leipzig,
Verlag von C. Hirzel.
1856.

MAY 8 1923

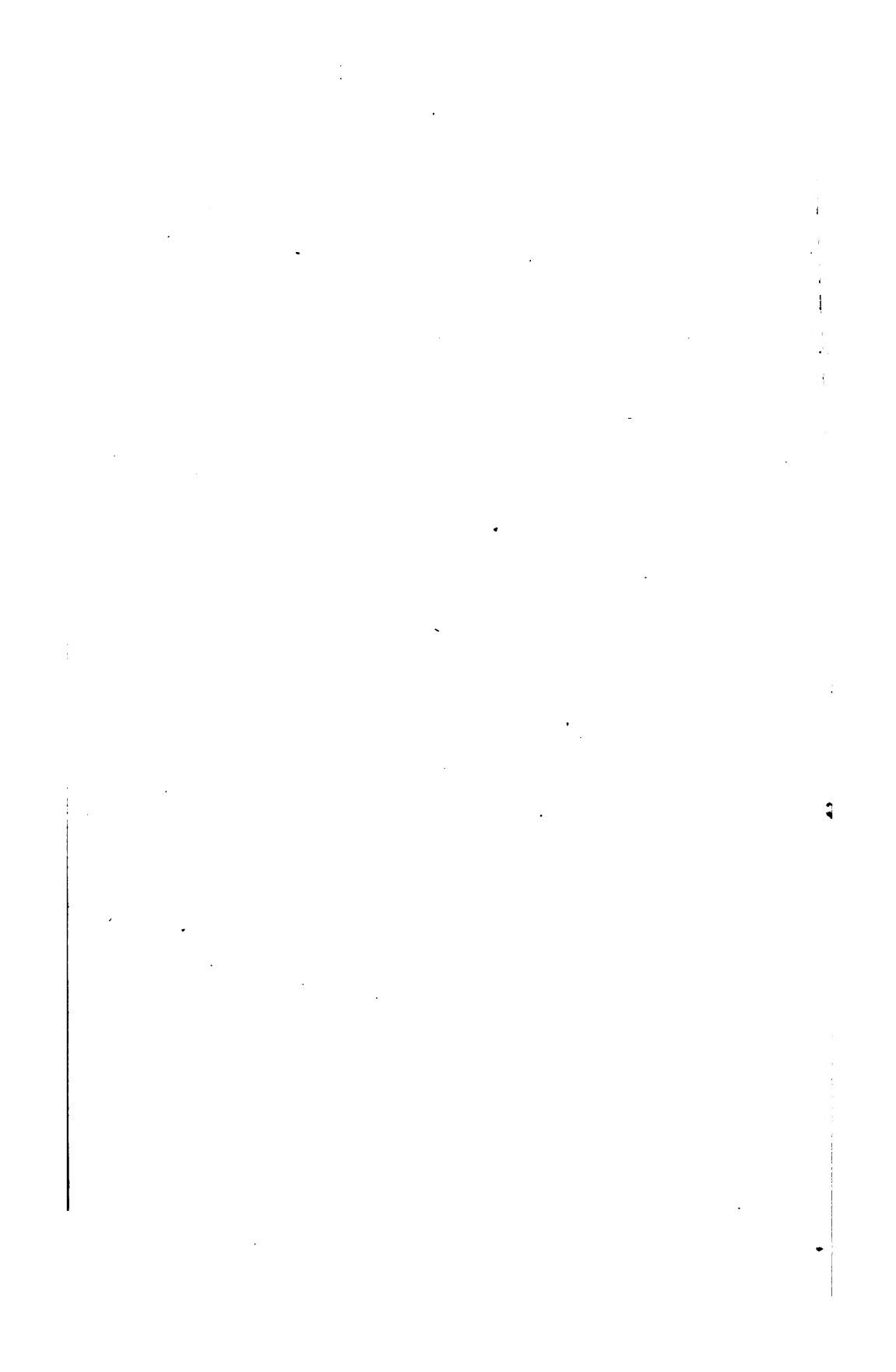
Herrn

L u d w i g H o f m a n n

Herzogl. Sachs. Coburg-Gothaischen Regierungs- und Justizdirector,
Ritter des Herzogl. Sachsen-Ernestinischen Hausordens

in dankbarer Verehrung

gewidmet.



V o r r e d e .

Daß es einen Fortschritt giebt, einen Fortschritt in der Wissenschaft und Kunst, einen Fortschritt in den menschlichen Einrichtungen — wer wollte das läugnen? Aber der Fortschritt geschieht nicht immer zum Besseren, häufig geschieht er zum Schlimmeren. Und an der Verwechslung krankt unsere Zeit, daß sie Fortschritt und Verbesserung für ein und dasselbe nimmt.

Stetes Streben nach Verbesserung ist ein schöner Grundzug der menschlichen Natur. Traurig aber bleibt es, daß ein bloßer Denkfehler jenen Trieb zur bösen Macht umwandelt, welche die Sinne gefangen hält und der Wahrheit verschließt, dagegen den blinden Wahn entfesselt, der nicht nur einzelne Länder und Staaten, sondern die ganze Gesittung und Bildung zu vernichten droht. Denn dadurch, daß man Verbesserung will, aber Fortschritt anstatt derselben erstrebt, hat man sich auf gut Glück der tyrannischen Herrschaft einer Formel ergeben, welche das Schlimme ebensowohl als das Gute in sich faßt und Beides in zufälliger toller Mischung producirt und so das Letztere ohne das Erstere kaum hervorzubringen vermag. Der Trieb nach Verbesserung wurde zur krankhaft gesteigerten Sucht nach dem Neuen. Dieses erstrebt man, ohne das Alte zu würdigen. Und was als Neu, als „Fortschritt“ geboten wird, ist überall willkommen; wie es ohne Not, ohne Berücksichtigung des Bisherigen gefunden wurde, wird es ohne Bedenken, ohne daß ein wahres Bedürfniß vorhanden, angenommen. So schiebt man meistens das Bewährte achtungslos bei Seite und das gewagte Experiment tritt leichtfertig an seine Stelle.

Während in Staat und Kirche, fast in allen Feldern des Wissens die allgemeine Krankheit der Zeit Verheerungen anrichtete, war die deutsche Rechtswissenschaft im Ganzen von der Epidemie freigeblichen, und erst seit kurzer Zeit, nachdem im öffentlichen Wesen nach bangen, gefahrdrohender Krise ein günstiger Umschlag eingetreten ist, beginnt auch hier die Seuche heftig, wenn auch nicht gerade gefährlich, sich zu verbreiten.

Die Anschauungen der historischen Rechtsschule waren in den letztvergangenen Jahrzehnten zur allgemeinen, unbestrittenen Herrschaft gelangt. Ein rüstiges Arbeiten und Fortschreiten im wahren, soliden Erkennen hatte begonnen. Die geschichtliche Entwicklung des Römischen und Germanischen Rechts im Allgemeinen war erforscht, die rechtsbildende und rechtsumwandelnde Kraft des Mittelalters gewürdigt, schon begann man heller zu sehen: Die eigentliche Natur der einzelnen Rechtsinstitute, ihre inneren, oft durch kaum sichtbare Fäden vermittelten Beziehungen zu einander traten im Gefolge der historischen Erkenntniß hervor; die bis dahin nebelhaft durcheinandervogenden Massen sondernten sich vor dem Beschauer, scharfe Umrisse, Gruppierung und Gliederung zeigten sich, kurz auch der Zusammenhang des Ganzen wurde schon selbst dem weniger geübten Auge erkennbar. Der Aufschwung der Wissenschaft blieb nicht ohne Rückwirkung auf die Praxis. Die Prozeßschriften und Urtheile wurden kürzer und weniger geschmacklos; die langathmigen älteren Pandectencommentare blieben zwar noch im Gebrauch, aber man studirte doch schon Savigny und Buchta, und gerade von praktischer Seite kamen recht gute und brauchbare schriftstellerische Arbeiten, ein erfreuliches Zeugniß ablegend von der gründlichen Bildung und dem wackeren Streben deutscher Richter und Sachwalter.

Freilich ging das Alles nicht plötzlich und mit einem Schlag, sondern, wie aller Fortschritt zum Guten, langsam und allmählig. Da ertönte der feste Ruf: Die bisherige Methode sei ungenügend, das Vertiefen in mühsame historische Einzelarbeiten und Specialuntersuchungen, der Aufwand von Zeit und Mühe auf geringe, unscheinbare Ergebnisse bringe uns dem Ziele nicht näher, der Blick sei wieder einmal auf das Ganze zu richten, auf seinen inneren Zusammenhang und die Grundgedanken — als ob jemals dieser Zusammenhang von den Meistern unserer Wissenschaft außer Acht gelassen worden wäre und als ob wir es überhaupt zu beklagen hätten, daß jede historische Erkenntniß eine lange Reihe gesonderter Einzelarbeiten voraussetzt, welche, anscheinend zersplitternd, doch allein geeignet sind, das Material zu einem soliden Bau zu liefern, welcher bis in den kleinsten Theil vollendet, durch seine natürliche Ordnung und saubere Zierlichkeit erfreut, vermöge seiner starken Grundpfeiler aber Festigkeit genug hat, den Stürmen der Zeit zu trotzen.

Der Ruf nach Neuem konnte nicht erschallen, ohne in den krankhaft erregten Gemüthern der Zeitgenossen einen Nachhall zu finden; schmeichelte er doch dem geistigen Hochmut der „Bürger des neunzehnten Jahrhunderts“, welche auf „der Höhe“ eines Jahrhunderts zu stehen wähnen, das, von der Beschränktheit und Mangelhaftigkeit der menschlichen Natur befreit, auf die vergangenen Zeiten hochvornehm

und geringschätzend herabzusehen berechtigt sei. Ein Reformator nach dem anderen trat auf, Jeder von seiner Unfehlbarkeit überzeugt. Alle stimmten darin überein, das Bisherige sei zu verwerfen, an dessen Stelle Neues zu setzen; Keiner aber erkannte den Anderen recht an, und darin gerade zeigte sich die Pseudoprophetennatur derselben, daß nur das Negative sie vereinte, während das von den Einzelnen positiv Gebotene nicht die Gewalt ächter, überzeugender Wahrheit hatte und von selbst aus eigener, innerer Kraft die entgegenstehenden Irrlehren vernichtete. Noch haben wir es nicht gesehen, das Ende des abenteuerlichen Zugs jener „Ritter vom Geiste“, deren oft halbkomischer, zuweilen toll-phantastischer Auszug die schwächlich-zwergenhaften Gestalten als Giganten erscheinen lassen soll — aber es läßt sich schon jetzt mit Bestimmtheit erkennen, daß er, ohne großartige Eindrücke und ein dauerndes Andenken zu hinterlassen, vorübergehen wird.

Schon oben habe ich die gegenwärtige Neuerungsucht in der Jurisprudenz als nicht gerade gefährlich bezeichnet. Diese meine Behauptung stützt sich auf die Wahrnehmung, daß die Neuerer trotz ihres Feuereifers, trotz aller neu- und hochklingender Phrasen nicht im Stande waren, etwas wirklich Neues hervorzubringen, daß sie nur in einseitiger Hervorhebung irgend eines bisher schon von allen Einsichtsvollen berücksichtigten, aber nicht überschätzten Gesichtspunkts den Boden für ihre Bestrebungen zu gewinnen suchten. Es wäre ein undankbares Geschäft, dieß im Einzelnen nachzuweisen. Doch soll ein Blick geworfen werden auf den neuesten Versuch R. Thering's. Denn mag auch dieser Schriftsteller die „Geister-Beschwörung“ Derer, die ich „Ritter vom Geiste“ nannte, noch so streng beurteilen¹⁾, mag er sich auch noch so entschieden von Einzelnen derselben lossagen²⁾, so trägt er doch die Verantwortung, die ganze Richtung hervorgerufen zu haben, und gerade wegen seiner sonstigen Bedeutung darf er nicht unbeachtet gelassen werden.

Das „Evangelium der Rechtsgeschichte der Zukunft“ besteht nach ihm in der „Richtquellenmäßigkeit“ rechtshistorischer Darstellungen und Entdeckungen, d. h. „die wichtigsten rechtshistorischen Entdeckungen der Zukunft (sollen) in solchen Sätzen und Gedanken bestehen, die kein Römischer Jurist ausgesprochen“; nur in diesem Sinn könne man auch in der Rechtsgeschichte von einer „productiven Thätigkeit“ sprechen. Ich will nicht an den Worten mäkeln, ich will sie nicht, wie es so leicht, absichtlich mißverstehen. Aber ich frage: Hat sich z. B. v. Kellner, als er aus wenigen ruinenhaft ragenden Trümmern das ganze Lehr-

¹⁾ C. F. v. Gerber und R. Thering, Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen röm. und deutschen Privatrechts 1. Bd. 1. Heft. Jena 1856 S. 7.

²⁾ Ebendaf. S. 2 Not. 1.

gebäude von der Litiscontestation und dem Urtheil im klassischen Röm. Recht reconstituirte und dadurch eine tiefere Einsicht in den älteren Röm. Prozeß ermöglichte, bloß receptiv oder auch productiv verhalten? Gehören die rechtshistorischen Bücher und Aufsätze von v. Savigny, G. F. Eichhorn, Buchta, Arndts, Rudorff, Albrecht, v. Scheurl, Th. Mommsen, Merkel, Brinz u. A. der rein receptiven oder auch einer productiven Methode an? Läßt sich überhaupt receptive und productive Thätigkeit in der Weise scheiden, wie es Thiering thut? Hierauf antworte ich: Und wenn ein Student sein Collegienheft durcharbeitet, sich den Inhalt geistig aneignend, so daß die darin ausgesprochenen Gedanken in seinen Geist übergehen, ein Theil desselben werden und die besondere Gestalt annehmen, welche sie nach seiner geistigen Individualität annehmen müssen, so schafft er etwas, was vorher noch nicht da war: er ist nicht bloß receptiv, sondern auch productiv. Noch mehr aber ist Derjenige productiv, welcher die über irgend einen rechtshistorischen Gegenstand vorhandenen, aber noch nicht zusammengestellten Quellen sammelt, verarbeitet und so eine geistige Vorstellung, ein Bild schafft, welches bisher nicht existirte. Freilich ist es dabei oft nötig, anscheinend Unbedeutendes durch geschickte Combination mit äußerlich ferne Liegendem in's rechte Licht zu stellen, für Gedanken, welche nicht mit Worten ausgesprochen sind, aber in den Thatfachen liegen, den rechten Ausdruck zu finden, kurz den ganzen Stoff geistig zu durchdringen und gewissermaßen neu zu gestalten — aber das ist eine Thätigkeit, welche bisher schon jeder verständige Rechtshistoriker geübt hat, und es ist eine leere Phrase, sie als „das Evangelium der Rechtsgeschichte der Zukunft“ zu bezeichnen.

Noch mehr als auf die Rechtsgeschichte sollen die Namen der receptiven und productiven Jurisprudenz auf die Dogmatik passen, „denn nur auf ihrem Gebiet könne von wirklichen juristischen Productionen die Rede sein.“ Zur bloß receptiven Jurisprudenz gehöre die Interpretation der Gesetze, „die absolut niedrigste Stufe aller wissenschaftlichen Thätigkeit.“ — Aber wenn der Interpret den in mangelhaften Ausdruck eingekleideten, bisher nicht erkannten Gedanken des Gesetzgebers auffindet, ist er gewiß auch productiv, er nimmt nicht bloß in sich auf, er schafft eine neue Erkenntniß. Derjenige aber, welcher die in dem vorhandenen Rechtsstoff gleichsam gebunden liegenden Gedanken frei macht und demselben so ein weiteres Gebiet der Anwendung erwirbt, wird nicht erst hierdurch productiv, sondern die bloße Aneignung des Materials muß mit Production, d. h. mit eigener, selbstgestaltender Aufnahme in den Geist verbunden sein, wenn überhaupt noch Hoffnung auf erhöhte Productivität vorhanden sein soll. Auch hier ist also eine Unterscheidung zwischen receptiver und productiver Jurisprudenz nicht statthaft. Wenn nun Thiering noch weiter geht,

behauptend, die juristische Production solle über den gegebenen Rechtsstoff hinausgehen, einen „absolut neuen“ Stoff hervorbringen, so komme ich mit ihm auf das Gebiet einer vielbesprochenen Controverse, nämlich der, ob die Rechtswissenschaft eine eigentliche Rechtsquelle sei, oder nicht. Unser Schriftsteller bringt daher auch hier nichts Neues, er drückt nur die alte Behauptung, die Wissenschaft sei wirkliche Rechtsquelle, etwas anders aus. Freilich ist nun dieß die wichtigste unter allen von Ihering angeregten Fragen, und deshalb hier über sie — obwohl mein thema probandum schon erschöpft ist — noch ein Paar Worte.

Die irrige Meinung, daß der Jurist zur Rechtsproduction berufen sei, hätte nie entstehen können, wenn man einerseits nicht positivrechtliche Römische Zustände (das *ius respondendi* der Juristen u.) dazu hätte benutzen wollen, eine rechtsphilosophische Frage zu lösen, und wenn man andernteils bei der rechtsphilosophischen Behandlung selbst richtig geschieden hätte zwischen Rechtsleben und Rechtswissenschaft. Das Rechtsleben existirt frei und unabhängig von der Rechtswissenschaft; nicht so umgekehrt, denn die Aufgabe der Rechtswissenschaft ist keine andere, als die geistige Erkenntniß und das Verständnis des Rechtslebens. Das Letztere ist eine unmittelbar göttliche Schöpfung und daher unendlich reich und mannigfaltig, die menschliche Erkenntniß aber immer mangelhaft und unzureichend. Die Rechtswissenschaft hat daher genug zu thun, wenn sie die immer neu sich gestaltenden Erscheinungen des Rechtslebens begreifen und deren Wachsthum und Gedeihen hülfreich unterstützen will, sie soll nicht in arger Vermessenheit es unternehmen, das Rechtsleben mit Ausgeburten menschlicher Phantasie bereichern zu wollen; das wäre eben so thöricht, wie wenn der Naturforscher, mit der Schöpfung unzufrieden, neue Pflanzen und Steine nach Belieben hervorzubringen sich bemühte. Trotz der äußerlich so verschiedenartigen Gestaltungen des Rechtslebens sind es verhältnismäßig wenige Kräfte, welche dasselbe bewegen: sie zu fassen und abgesondert darzustellen, ist das Endziel aller Jurisprudenz. Die schon gesammelte Erkenntniß jener Kräfte muß daher benützt werden, den noch nicht geistig verarbeiteten Stoff zu durchdringen, dieses Durchdringen aber fördert wieder die Erkenntniß jener Kräfte, und das ist der innere Grund, weshalb, wie bei jeder geistigen Thätigkeit, Productivität und Receptivität sich nicht streng sondern lassen. Der menschliche Geist soll eben nur receptiv sein, doch sein Receptiren ist ein Produciren, d. h. ein Produciren des Gedankens, nicht aber ein Produciren des Stoffs, welcher außerhalb des Menschen und unabhängig von dessen Willen oder Nichtwillen existirt.

Dieser Betrachtung weiter nachzugehen und aus ihr die Aufgabe der heutigen Jurisprudenz zu entwickeln, wäre hier nicht am Ort.

Doch so viel möchte erhellen, daß ohne die Erforschung des organischen Wachstums unseres Rechtslebens nicht an ein Verständniß seiner gegenwärtigen Entwicklungsstufe, namentlich auch nicht an ein Erkennen seiner neuen, interessanten Erscheinungen zu denken ist und daß wir, sobald wir das Letztere wünschen, das Erstere nicht aufgeben dürfen, sondern zunächst und mit aller Kraft erstreben müssen. Das ist der Gedanke, welcher der historischen Richtung ihre innere Berechtigung giebt, welcher keine Unterscheidung zwischen „höherer und niederer Jurisprudenz“ duldet, welcher Richard Wagner'schen Phantasieen von Kunstwerken u. d. Zukunft auf dem Gebiet der Rechtswissenschaft keine Spanne Raums gönnen kann. Mir aber hat er Mut eingeflößt, das vorliegende Buch dem juristischen Publicum in seiner gegenwärtigen Gestalt vorzulegen.

Ursprünglich beabsichtigte ich eine recht praktische monographische Darstellung der Lehre vom heutigen gemeinrechtlichen Arrestprozeß. Aber ich erkannte bald, daß ohne gründliche historische Vorarbeiten nichts weiter erzielt werden könne, als ein nochmaliges Reden über die hergebrachten Controversen ohne wirklich entscheidendes Resultat, ohne neue Erkenntniß. Daher entschloß ich mich, zuerst die Geschichte der beiden stärksten prozessualischen Sicherungsmittel im Röm. Recht zu erforschen; eine spätere Monographie soll die Geschichte derselben bis auf die Gegenwart verfolgen und das geltende Recht darstellen. Zwar ist für Letzteres schon die vorliegende Untersuchung nicht ohne Ergebnis geblieben, doch wird sich erst nach Vollenbung des Ganzen zeigen, wie auch unserer Praxis auf historischem Weg geholfen werden kann.

Wohl wird manche meiner Behauptungen starke Anfechtung finden, und ich gebe schon jetzt zu, daß mir selbst mehrere derselben gewagt erscheinen —, aber das soll man mir lassen, daß ich zuerst auf den interessanten Gegenstand aufmerksam gemacht und die sehr zerstreut liegenden Quellen gesammelt habe. Dadurch allein glaube ich mir ein gewisses Verdienst um die Wissenschaft erworben zu haben, mehr als wenn ich meine Zeit benützt hätte, viele Bände geistreicherer Bücher voll hochtönender Redensarten zusammenzuschreiben. In der Behandlung nahm ich mir das schon oben erwähnte Werk meines hochverehrten Lehrers v. Keller zum Vorbild; doch mußte ich bei diesem Bestreben nur zu oft erkennen, wie sehr mir die Kräfte mangelten, um meinem Muster nur einigermaßen nahe zu kommen.

Schließlich spreche ich noch den Freunden, welche mir mit Rat und That treulich beigestanden, namentlich dem Prof. D. Bekker in Halle, meinen herzlichsten Dank aus.

Halle a/S. im Mai 1856.

D. Rütger.

Inhaltsübersicht.

Einleitung.

Ableitung und Bedeutung des Wortes sequester. §§ 1—16 . S. 3—32

Erstes Buch.

Das ältere Römische Recht. §§ 17—92 S. 33—244

Erstes Kapitel.

Begriff der Sequestration und Verhältniß der Deponenten zum Sequester. §§ 17—29 S. 35—61

Zweites Kapitel.

Veranlassung zur Sequestration und das Verhältniß der Deponenten zu einander. §§ 30—84 S. 62—225

I. Uebersicht. § 30 S. 62—63

II. Einzelne Fälle. §§ 31—84 S. 64—225

1. Sequestration einer streitigen Sache. §§ 31—76 . . S. 64—195

A. Der Sequester als Schiedsrichter. §§ 31—42 . . S. 64—96

B. Die Sequestration als prozessualisches Cautionsmittel. §§ 43—76 S. 96—195

a. Sequestration des Streitobjects als cautio iudicis. §§ 43—51 S. 96—123

b. Sequestration des Streitobjects auf richterlichen Befehl. §§ 52—76 S. 124—195

α. Älteste Zeit. §§ 52—58 S. 124—149

β. Zeit des Formularprozesses §§ 59—76 S. 149—195

aa. Die Sequestration als Ersatz für die satisfactio iudicatum solui. §§ 59—66 S. 149—164

bb. Die Sequestration als Ersatz für die Cautio zur Sicherung künftiger Exhibition. §§ 67—68 S. 164—175

cc. Die Sequestration bei der Appellation. §§ 69—76 S. 175—195

2. Die Sequestration streitiger wie nichtstreitiger Sachen, welche ihren Grund nicht in dem Streit über das Recht an der fraglichen Sache hat. §§ 77—81 S. 195—212

A. Ohne richterlichen Befehl. §§ 77—79 S. 195—204

B. Auf richterlichen Befehl. §§ 80—81 S. 204—212

3. Anhang. Die Sequestration von Personen. §§ 82—84 . S. 213—225

Drittes Kapitel.

Der Besitz des Sequester. §§ 85—92 S. 226—244

Zweites Buch.

Das neuere Römische Recht. §§ 93—135 S. 245—360

Erstes Kapitel.

Das Recht des Codex Theodosianus. §§ 93—112 S. 247—304

I. Anwendung der Sequestration. §§ 93—107 S. 247—295

1. Die Sequestration als prozeßualisches Cautionsmittel
bei der Einleitung des Verfahrens. §§ 93—104 S. 247—283

2. Die Sequestration als prozeßualisches Cautionsmittel
bei der Appellation. §§ 105—106 S. 283—294

3. Ergebnis. § 107 S. 294—295

II. Juristischer Charakter der Sequestration. §§ 108—112 S. 295—304

Zweites Kapitel.

Das Justinianische Recht. §§ 113—135 S. 305—360

Beilagen S. 361—404

Beilage I.

Ueber das „in aede sacra deponere“, „in publico loco deponere“, „in horreis deponere“ und Ähnliches S. 363—368

Beilage II.

Pignus und Arrha S. 369—385

Beilage III.

Ueber die „magistratische Vocation“ im ordo iudiciorum privatorum S. 386—388

Beilage IIII.

Persona suspecta S. 389—390

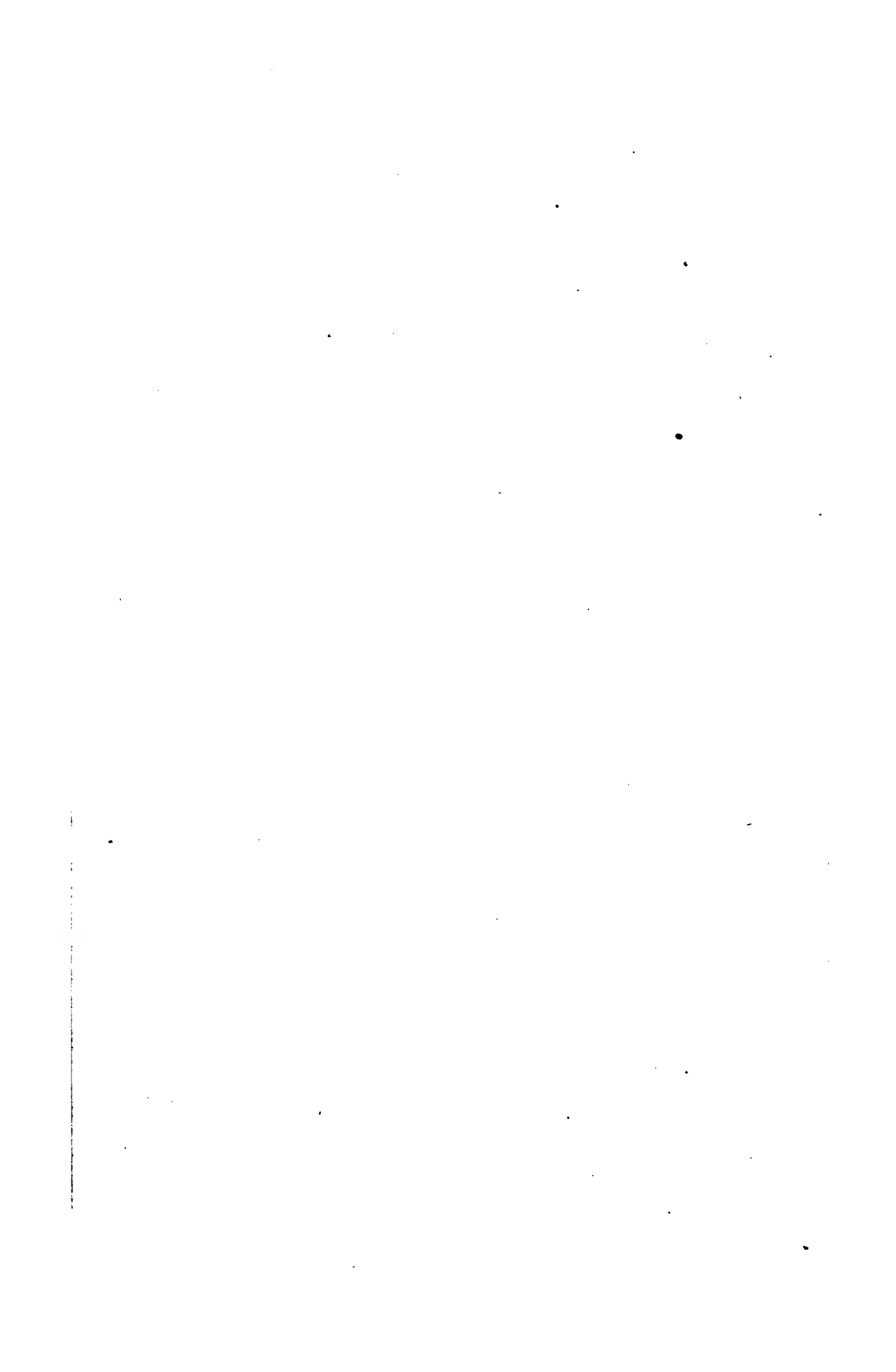
Beilage V.

Zum Verständniß des Fr. 1 § 1 de R. V. (6. 1) S. 391—404

Stellenregister S. 405—419

Sequestration und Arrest

i m R ö m i s c h e n R e c h t.



Einleitung.

Ableitung und Bedeutungen des Worts *sequester*.

§ 1.

Das Wort *sequester* ist in mehrfacher Beziehung merkwürdig. Es wurde ursprünglich nach der zweiten, später nach der dritten Declination abgebeugt¹⁾, die von ihm herzuleitenden Wörter kommen zum Theil in eigenthümlichen oder verschiedenen Formen vor²⁾, nicht nur seine Abstammung ist zweifelhaft, sondern auch

¹⁾ PRISCIANI Grammatici lib. VI. (PUTSCH p. 692) und lib. X. (PUTSCH p. 898). Vgl.: G. I. VOSSII Aristarch. l. III. c. 20. (Ausg. von FOERTSCH und ECKSTEIN II. p. 656): „Sic in Latinis *sequester* in secunda usurpat PLAUTUS *Vidularia* [u. 8]: — — [Adde *Vidularia* u. 6: — —; u. 10: — —. Mercat. Act. III. sc. 3 u. 36: — —] VIRGILIUSQUE in XI [u. 133]. At id etiam esse *tertia*e, docet illud apud TULLIUM Verrin. II [Act. I c. 12 § 36]: — —.“ D. W. FREUND, Wörterbuch der latein. Sprache s. u. *sequester*: „*Sequester*, *tris*, ursprüngliche Form *sequester*, *tri*.“ Die Ausgaben der Pandekten haben bald *sequester*, *tris*, bald *sequester*, *tri*. Am richtigsten möchte es sein, hier durchgängig die Formen der 3. Declination anzuwenden, denn die HSS. sind in dieser Beziehung höchst unzuverlässig. So haben die HSS. des Dig. uetus auf der Hamburger Bibliothek (D II 1 Saec. XIII; D I 13 Saec. XIII; D I 6 Saec. XIII) das Wort durchgängig in der 2. Declination, während andere Vulgarthff. es nach der 3. Declination abbeugen. So z. B. ein Ms. des Dig. nouum (D I 8 Saec. XIII) derselben Bibliothek. Vgl. u. S. 35 Not. 3.

²⁾ So das Adjectivum *sequester* (*tris*), *tre* oder *sequester*, *tra*, *trum*. C. FORCELLINI, Tot. Lat. Lex. hh. uu. Eigenthümlich ist auch in: „*sequestro*

seine ursprüngliche Bedeutung nicht hinlänglich aufgeklärt. Für uns ist namentlich die letztere von Wichtigkeit. Diese aber können wir kaum mit Sicherheit bestimmen, ohne vorher die richtige Ableitung zu suchen.

§ 2.

Die Römer führen sequester auf sequi zurück. So

A. GELLIUS Noct. Att. XX. 11:

— — uocabulum a sequendo factum est, quod eius, qui electus est, utraque pars fidem sequatur¹⁾;

und in etwas anderer Weise

MODESTINUS Fr. 110 de V. S. (50. 16):

Sequester — —; dictus ab eo quod occurrenti aut quasi sequenti eos, qui contendunt, committitur.

Daß die letztere Etymologie keine Berücksichtigung verdient, liegt auf platter Hand. Sequester wäre danach derjenige, welcher folgt, und die Benennung könnte nur daher entstanden sein, daß man den nächsten besten Nachgehenden (oder Begegnenden!) zum sequester genommen hätte. Nach Gellius aber müßte sequester gleichsam passivisch der sein, welchem man folgt, was sprachlich unmöglich ist.

Von den Neueren bleiben Manche bei der Ableitung von sequi stehen, wenn sie auch in der Begründung etwas von den

ponere“ oder „in sequestro deponere (aliquid)“ das sequestro „gleichsam als Neutrum“ gebraucht. Vgl. Freund a. a. O. — Böcking (Pandekten-Institutionen § 127 Note 49. I. Bb. 2. Ausg. S. 482) nimmt deshalb ein substantivum neutr. gener.: „sequestrum“ an, während A. GELLIUS (Noct. Att. XX. 11) das „sequestro“ in sequestro ponere als Adverbium aufgefaßt hatte. Am richtigsten scheint es mir mit VALESIIUS ad AMMIAN. MARCELL. p. 37 und GRONOVIIUS ad PLAUT. Mercat. III. 3, 36 anzunehmen, daß sequestro in den Nebenarten sequestro ponere etc. sei der alte Dativ von sequester. — Das Verbum sequestrare kommt schon bei ULPIAN (Fr. 22 § 8 solut. matrimon. 24. 3) und sehr häufig bei TERTULLIAN vor.

¹⁾ Ähnlich: SERVIUS in VERGILII Aen. XI u. 133 (Ausgabe von A. LION. Gott. 1826). ISIDOR Etymol. I. 10 N. 260 (nach der Ausgabe: „S. Isidori . . . Opera omnia . . . rec. F. AREVALLO . . . auctoritate et impensa . . . F. LORENZANAE. Rom. a. 1798.)

Römern abweichen.¹⁾ Andere aber, das Unrichtige jener Etymologie erkennend, versuchen weitere Ableitungen. G. J. Vossius²⁾ und vor ihm schon Jo. Meursius und Matth. Martinus führten sequester zurück auf das alte Verbum „*sequo* i. e. *dico*, quia sententiam dicit inter partes. *Sequo* autem in eo significato est a Greco *ἔπω*, quod idem sonat. Unde *insequo* h. e. *ἐνέπω*. — — Transit *π* in *C* siue *Q*: ut *ἵππος*, equus; *ἑπομαι*, sequor.“ Demnach wäre sequester so viel als Sprecher, Urteils-sprecher, und das gäbe einen ganz guten Sinn. Allein das angebliche alte Verbum *sequo* ist sehr unsicher, die einzige Spur, welche sich davon findet, ist die Wurzel in *insece* (sag, sprich) und diese könnte möglicherweise auch anders gedeutet werden. Das Bedenklichste aber ist, daß keine Analogie, der beste Prüfstein für die Richtigkeit von Etymologien, sich auffinden läßt, wodurch es gerechtfertigt würde, ein auf *ster* sich endendes Substantivum von einem Verbum abzuleiten. Aus ähnlichen Gründen, namentlich aber weil das Wort durchaus das Gepräge eines lateinischen an sich trägt, verwerfe ich auch die Meinung des Menagius³⁾, welcher das Wort aus dem Griechischen herleitet, nämlich „*ἀπὸ τοῦ δικάζειν*“ *δικάζω*, *δικαστής* et Laconice *δικαστήρ*, *δικαστέρ*, sequester.“⁴⁾

¹⁾ So noch Rudorff in der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft Bd. 13 S. 196: „Das Pfand wird . . . größerer Sicherheit wegen bei einem Dritten deponirt, der es dem Sieger ausantwortet; ein solches Weggeben der *possessio* heißt *deponere*, in *sequestre* *deponere*, *apud sequestrum deponere possessionem*, das Pfand *sequestro positum*, offenbar weil der Besitz dem Sieger folgen soll, wie das *secutorium iudicium* jenes Verwort davon hat, *quod sequitur sponsionis victoriam*. GAIUS III. 169.“

²⁾ Etymologic. Ling. Lat. Ausg. v. MAZUCHI. Neap. 1762 u. 1763. Tom. II p. 642.

³⁾ Jur. ciuil. amoenitates. Ed. Jo. GUIL. HOFFMANNI. Francof. et Lips. 1738. c. 39.

⁴⁾ Die Etymologie des MENAGIUS hat neuerdings einen Anhänger gefunden in S. H. RINKES, welcher in seiner „Disputatio de crimine ambitus et de sodalitiis Romanorum tempore liberae reipublicae“ (Lugd. Bataur. 1854. p. 21 sqq.) behauptet, ursprünglich sei sequester gleichbedeutend gewesen mit *iudex*, Richter, ja die Formel: „*Praetor iudicem arbitrumue postulo uti des*“

2. Kaum erwähnt zu werden verdient die Ansicht von Jac. Curtius¹⁾, welcher, nach Anführung anderer Etymologien, so fortfährt: „Ego nec illos improbo, neque his detraho: sed tamen uereor, ne rectior ea sit *Sequestri* etymologia, quod eos, qui contendunt, et inter quos rixa est, uelut medius *secat*, et dirimit.“

Näher an die Wahrheit gehen hinan die Ableitungen von H. Valesius²⁾, welcher das Wort von *secus* ableitet: „eo quod res *secus* i. e. iuxta *Sequestrum* deponitur“, und Gronovius³⁾, bei welchem sich findet: „*Sequester* meo iudicio non a *sequor*, quod GELLIO creditum, sed a *secus* quasi *secuster* ut a *magis magister*, a *minus minister* dictus, quoniam interuenit dissidentibus ipse neutrarum partium, semotus ab utroque, et liber a caussis eorum, aliusque atque certantes.“

§ 3.

Ich halte die Etymologie des Gronovius für richtig. Nur in der Begründung weiche ich ab. Suchen wir nach Analogieen, so bietet sich diejenige von Wörtern wie *campestris*, *siluestris*, *palustris*, *equestris*, *pedestris*, *terrestris*, *semestris* etc. dar. Die Endung *ster* scheint eine Stellung oder Lage zu bezeichnen und es ist daher nicht wunderbar, daß dieselbe gewöhnlich nur mit Substantiven u. verbunden wird, welche einen Ort bezeichnen.⁴⁾ Leiten wir

habe eigentlich gelautet: „des *sequestrem* aut *arbitrium*.“ (!!) Die Worte des PLAUTUS im Rudens III. 3, 65, auf welche er sich dabei stützt, werden unten (S. 9 ff.) ihre Erklärung finden. — Verwandt mit der Ableitung des MENAGIUS ist die Bemerkung von Döderlein (Lateinische Synonyme und Etymologien. 6. Th. Leipzig. 1838. S. 329): „*Sequester*, der Schiedsrichter, verhält sich zu dem heilenden *ἁλιστήρ*, wie versöhnen zu sanare; besonders in *pacis sequester*; ἁλισταὶ γὰρ φέρντες ἐσθλῶν.“

¹⁾ EIKASTΩΝ lib. I c. 5 (in EVERARD. OTTONIS Thesaur. iur. Rom. Tom. V. p. 103).

²⁾ Vgl. MENAGIUS a. a. O.

³⁾ Ad TACIT. Annal. III. 71. Vgl. die Ausgabe der Werke des TACIT. von J. A. ERNESTI. Lips. 1801. Tom. I. p. 349.

⁴⁾ Bei *campestris*, *siluestris*, *palustris*, *terrestris* ist dies einleuchtend, aber selbst *equestris* bezeichnet eigentlich den, welcher zu Pferde zu sitzen pflegt; *pedestris* zu Fuß, zu Lande im Gegensatz zu *naualis*; *semestris* freilich bezieht

daher sequester von secus ab, so werden wir gut thun, dieses 3. Adverbium in seiner ursprünglichen lokalen Bedeutung zu nehmen. In der vorclassischen Zeit und später vulgär wurde nämlich secus präpositional cum accusativo für secundum, neben, bei, an, gebraucht.¹⁾ Darnach wäre secuster oder sequester der neben den Parteien Stehende, ihr „Beistand“, und da ein „Beistand“ jeder Partei nur der sein kann, welcher zwischen ihnen steht: der in der Mitte Stehende, der Vermittler, der Schiedsrichter. Der Uebergang des cu in qu ist unbedenklich und findet sich öfter, so z. B. in sequior, sequius = secius.²⁾

sich auf die Zeit, aber Wann und Wo sind einander analog. Diese Bemerkungen, sowie überhaupt die obige Begründung der richtigen Etymologie von sequester verdanke ich der gütigen Mittheilung des Herrn Professor Pott.

¹⁾ SCS. CHARISH Instit. Gram. lib. I. (Potsch p. 61): „Id quod vulgus usurpat *secus illum sedi* hoc est secundum illum et novum et sordidum est.“ CATO de R. R. XXI. 2 (Ed. GESNER. I p. 41): „Dextra sinistra foramina *utrinque secus* laminas.“ PLINIUS hist. nat. XXIII. 15, 85: „Chamaeleucen nascitur secus fluuios.“ Inscriptionen: so bei GRUTERUS (Inscriptionum Romanar. corp. 1616) p. 806 N. 5:

MARIA. GEMINA
EMERIT. AN. P. M. L
H. S. E. S. T. T. L
IPSA. SIBI. SE. VIVA
SECVS. CONIVGEM. SVVM
F. C

und ORELLI (Inscriptionum selectar. amplissima collect. 1828) Tom. II p. 153 N. 3688: — — QVAE SVNT IVNCTA EX VTRAQVE PARTE SECVS VIAM CVM AQVAE DVCTV etc. — INNOCENTIUS V. P. Auctor de litteris et notis iuris exponendis in den „Schriften der Röm. Feldmesser herausgeg. von Blume, Lachmann und Rudorff“ I. Bd. S. 314. 19 u. 20: „Casa per L. nomen habens sub se finem proximum et de secus aqua significans.“ Vgl. dazu Pott in (Gäfar's) Zeitschrift für Alterth. Jahrg. 1854 Nr. 29 S. 228. Zweifelhaft ist eine Stelle bei QUINTIL. Institut. 8. 2, 20, indem die besten HSS. nicht *secus* viam, sondern *secundum* viam lesen. Vgl. Freund a. a. D. (s. u. *secus* II). FORCELLINI h. u. in fin. Das Glossar des C. LABBAEUS (f. u. § 16 S. 31 Not. 1) hat: secus, ἐρέως, καὶ πλησίον, παρὰ.

²⁾ Vgl. QUINTILIAN. Institut. orat. I. 4. JAC. CURTH ΕΙΚΑΣΤΩΝ lib. I c. 5 l. f.

§ 4.

4. Es soll nunmehr der Beweis geführt werden, daß sequester die angegebene Grundbedeutung wirklich hatte. Wir werden dabei finden, daß bei älteren Schriftstellern die Bedeutung „Schiedsrichter“ nie rein und allein hervortritt, sondern daß unter sequester ein Schiedsrichter verstanden wird, bei welchem die streitige Sache so deponirt wurde, daß sie dem obsiegenden Theil ausgeantwortet werden sollte. Dieß könnte gegen die obige Etymologie Argwohn erregen und zu der Vermutung führen, die Grundbedeutung von sequester sei keine andere als diejenige, welche später bei den Juristen die herrschende wurde (s. u. § 17). Allein wenn wir uns vergegenwärtigen, wie Rechtsstreitigkeiten in den Urzeiten der Völker entstehen und entschieden zu werden pflegen, so können wir ruhig bei unserer Ableitung stehen bleiben. Das Eigenthum an Mobilien ist es, welches besonders leicht streitig wird. Und da bleibt es die einfachste und natürlichste Art, den Streit auszutragen, die gewiß auch die älteste ist, wenn die Parteien die streitige Sache einem Dritten überantworten und diesem sagen: „Gieb sie demjenigen von uns zurück, welchem sie gehört.“ Das war sicher in uralter Zeit auch bei den Römern oder ihren Stammvatern, den Latinern so. Der Schiedsrichter aber hieß sequester, d. h. Mittler. Als in späterer Entwicklung auch Streitigkeiten über den Grundbesitz entstanden, war man schon daran gewöhnt, unter sequester einen Entscheider zu verstehen, bei dem die streitige Sache deponirt wurde, und man gab daher dem Schiedsrichter in Streitigkeiten über Immobilien einen anderen Namen: arbiter (zusammengesetzt aus ar = ad und bitere = ire), Gangrichter¹⁾, weil derselbe in solchen Streitigkeiten sich an Ort und Stelle verfügen und dort den

¹⁾ So wird das Wort arbiter gewöhnlich abgeleitet. Vgl. FORCELLINI h. u.; GESSNER im Thesaurus h. u.; besonders RUDORFF, gramatische Institutionen in den „Schriften der Röm. Feldmesser herausgeg. von Blume u.“, 2. Bd. S. 428 und dazu BEKKER in der (Heidelberger) kritischen Zeitschrift Bd. 1 S. 442.

Streit schlichten mußte. So fixirte sich der Ausdruck *sequester* 4. für die Schiedsrichter der näher angegebenen Art und man scheute sich, das nunmehr eine feste und technische Bedeutung habende Wort auf Fälle anzuwenden, wo es an einer Deposition des Streitobjects bei dem Richter fehlte. Deshalb griff man auch in Fällen, wo es sich nicht um Streitigkeiten über Immobilien, sondern um andere rechtliche Differenzen handelte, zu dem neueren und bildungsfähigeren Ausdruck: zu *arbitrator*. Aehnlich wie *sequester* hat sich übrigens *servitus*, ursprünglich der Ausdruck für *ius in re aliena*, später für die ältesten Arten der dinglichen Rechte an fremden Sachen (die *Servituten*) fixirt und es wurden für die neueren dinglichen Rechte an fremden Sachen andere Namen erfunden; ebenso wurde *contractus*, ursprünglich so viel als klagbarer Vertrag überhaupt, später nur auf die ältesten Arten von klagbaren Verträgen angewendet.

§ 5.

Die ältesten Zeugnisse, welche ich für den Gebrauch des Wortes *sequester* aufbringen kann, finden sich bei Plautus. Eine Hauptstelle ist im *Rudens Act. III sc. 3*, wo ein Streit zwischen den Sklaven Trachalio und Gripus über den von letzterem aus dem Meere aufgefischten Reisefack des Kupplers Labrax entsteht, indem der erstere — um für seine Herrschaft wichtige Papiere zu retten — einen Theil des Fangs beansprucht. Nach längerem Hin- und Herreden heißt es:

uu. 62 sqq. ¹⁾

— — Tr. Verba facimus: ita dies

Vide sis, quous arbitratu nos vis facere? Gr. Viduli Arbitratu. Tr. Ita enimvero? stultus es. Gr. Salve Thales.

Tr. Tu istunc hodie non feres, nisi das sequestrum aut arbitrum,

Quous haec res arbitratu fiat. Gr. Quaeso sanum es?

Tr. Sum elleborosus. Gr. At ego cecidit: hunc non amittam tamen.

¹⁾ Nach der Ausgabe von FLECKEISEN Lips. 1850.

5. Nach weiterem Streit wird die Aufforderung, einen arbiter oder sequester zu bestellen, wiederholt:

uu. 76 sqq.

Gr. Mitte rudentem [nunc], sceleste. Tr. Mittam: omitte uidulum.

Gr. Numquam hercle hinc hodie ramenta fies fortunator.

Tr. Non probare pernegando mihi potes, nisi pars datur
Aut ad arbitrum reditur aut sequestro ponitur.

Gr. Quemne ego excepi in mari? Tr. Ast ego inspectavi e litore etc.

Hier läßt also Trachalio dem Gripus die Wahl zwischen sofortiger Befriedigung seines Anspruchs, oder Entscheidung durch einen arbiter, oder Deposition des Streitobjects bei einem sequester und zwar so, daß durch die Wahl des einen das andere, bezüglich dritte ausgeschlossen wird. Der sequester aber, den Trachalio verlangt, soll auch das Amt eines Schiedsrichters versehen, denn oben (u. 63) hatte er im Allgemeinen gesagt:

Vide sis, quous arbitratu nos uis facere?

und die Worte in u. 66:

Quous haec res arbitratu fiat

beziehen sich sowohl auf das vorhergehende sequestrum als arbitrum. Freilich wird durch sequester und arbiter nicht ganz ein und dasselbe bezeichnet; das deutet die Partikel aut an, welche beide Wörter trennt und verbindet. Der arbiter, welcher von Trachalio gefordert wird, ist einfacher, von den Parteien zur Entscheidung ihres Streits gewählter Schiedsmann oder Vermittler, bei dem sequester kommt, wie ausdrücklich gesagt wird, noch etwas hinzu, nämlich die Deposition der streitigen Sache bei dem Schiedsrichter. Wahrscheinlich, daß Trachalio dem Gripus die Alternative stellt, durch einen arbiter die Sache sofort entscheiden zu lassen, oder aber für den Augenblick nur einen Schiedsmann zu wählen und bei demselben die Sache einstweilen zu deponiren, die Verhandlung des Streits aber und dessen Entscheidung auf eine günstigere Zeit zu verschieben. Wie übrigens der arbiter zum sequester werden kann, zeigt sich im weiteren Verlauf der Stelle. Da Trachalio zum Schiedsrichter den Bewohner eines nahen

Hausess, den Herrn des Gripus, vorschlägt, giebt dieser nach, den-5.
fend, sein Herr werde jedenfalls zu seinen Gunsten entscheiden.

uu. 96 sqq.

Tr. Vin qui in hac uilla habitat eius arbitrato fieri?

Gr. Paulisper remitte restem, dum concedo et consulo.

Tr. Fiat. Gr. Euge salua res est: praeda haec perpetuast mea.

Ad meum erum arbitrum uocat me hic intra praesepis meas.

Numquam hercle hodie abiudicabit ab suo triobulum

Ne iste hauscit quam conditionem tetulit: ibo ad arbitrum.

Tr. Quid igitur? Gr. Quamquam istuc esse ius meum certo
scio

Fiat istuc potius, quam nunc pugnem tecum. Tr. Nunc places.

Gr. Quamquam ad ignotum arbitrum me adpellis, si adhibebit
fidem

Etsi ignotust, notust: si non, notus ignotissimust.

Nachdem nun Daemones, der Herr des Gripus, zum arbiter
bestellt ist, finden Verhandlungen vor demselben statt, in Folge
deren er dem Gripus befiehlt, den uidulus zu exhibiren.

Act. III sc. 4 uu. 83 sqq.:

DAE. Cedo [sis] modo mi uidulum istum, Gripe. Gr. Con-
credam tibi:

At si istorum nil sit, mihi uti reddas. DAE. Reddatur.
Gr. Tene.

Aus diesen Stellen entnehmen wir, wie es zur Zeit des
Plautus vorgekommen und — bei dem schwierigen Formalis-
mus des Legislationenverfahrens — vermutlich häufig vorgekom-
men ist, daß streitende Theile die Entscheidung ihrer Differenz ohne
weitere Hörmlichkeiten einem Dritten übertrugen, der lediglich sei-
nem billigen Ermessen zu folgen hatte („quoius haec res arbitrato
fiat“), der folglich an das strenge Recht gar nicht gebunden war,
so daß selbst das bloß factische Verhältniß des Innehabens von
Vermögensgegenständen durch Eclaven seiner Beurtheilung unter-
breitet werden konnte. Ferner aber lernen wir, daß dem arbiter,
wenn er die Exhibition des streitigen Gegenstands für nötig
hielt, die fragliche Sache anvertraut wurde, unter der Bedingung,
daß er sie, wenn er nicht für die Gegenpartei entscheiden werde,

5. dem bisherigen Inhaber zurückgebe. Die Ausantwortung des Gegenstandes geschah unter der Formel: „At si aduersarii nil sit, mihi uti reddas“, worauf der arbiter erwiderte: „Reddatur.“ So konnte der arbiter zum sequester werden und es ist daher erklärlich, daß man, obwohl erst in späterer Zeit, nicht immer genau schieb und die beiden Wörter ganz gleichbedeutend gebrauchte (s. u. § 12).

Noch will ich bemerken, daß auch in mehreren anderen Stellen bei Plautus das Wort sequester sich findet, so im Mercator Act. III sc. 3 u. 20 und in den aus der Vidularia uns gebliebenen Fragmenten.¹⁾ In der ersteren Stelle bedeutet sequester einen iudex datus, bei welchem der Streitgegenstand deponirt ist (s. u. § 52), in der zweiten einen Depositär, welcher während der Streitverhandlung die Streitsache aufzubewahren und nach gefällter sententia dem Sieger zu restituiren hat. Beide Stellen — die unten weiter zu benutzen sein werden — sprechen also nicht von einem sequester im eigentlichen Sinn. Allein die Ausdehnung des Wortes auf den iudex, welcher den Streitgegenstand bewahrt, liegt sehr nahe und ist deshalb leicht erklärlich; in der zweiten Stelle aber braucht Plautus nur die Ausdrücke: „seruabo, quasi sequestro detis“ und „nunc ut apud sequestrum uidulum posuimus.“

§ 6.

Die Bedeutung: „Schiedsrichter, bei dem die streitige Sache deponirt ist“ hat unser Wort auch in zwei Fragmenten des M. Porcius Cato, welche durch mittelbare Ueberlieferung auf uns gekommen sind. Das eine aus der Rede oder einem Buche de Indigitibus²⁾ findet sich bei Festus³⁾ und lautet: „Sinunt miseros perire, ut bona rapiant; aut si superstites petant ui seques-

¹⁾ Ausgabe des PLAUTUS von B. F. SCHMIEDER Gott. 1804. S. 893.

²⁾ MEYER (Oratorum Romanorum Fragmenta. Ed. II. Turici 1842. I p. 145) vermutet, daß eine Rede des CATO de Indigitibus gar nicht existirt habe, sondern daß die Stelle bei FESTUS aus einem Buche des CATO über die Indigetes genommen sei.

³⁾ Ausgabe von O. MUELLER p. 339; von A. E. EGGER Paris. 1838 p. 225.

prodent.“ Anstatt der Worte „seques prodent“ des Cod. 6. Farnes. hat die vulgata lectio (wohl richtig): „sequestro dent.“¹⁾ Die andere Stelle ist kritisch noch zweifelhafter und findet sich bei Gellius.²⁾ Sie ist der Rede des Cato de Ptolemaeo minore contra Lucium Thermum³⁾ entnommen und lautet nach Gronovius: „Per deos immortalis, nolite uos * sequestro ponere“, nach M. Herz: „Per deos immortalis nolite uos atque [. . .].“ Jedenfalls ist anzunehmen, daß in dem Fehlenden der Ausdruck sequestro ponere oder etwas Ähnliches vorgekommen sei, da die fraglichen Worte als Beleg für den Ausdruck „sequestro positum“ citirt werden, diese Redensart aber nichts Anderes bedeutet, als: „quod apud sequestrem depositum est“⁴⁾, so daß das Wort wohl auch hier, als alter Dativus nach der zweiten Declination, dieselbe Bedeutung hat, wie in der Stelle des Cato bei Festus und bei Plautus. Daß aber in der ersteren sequester die angegebene Bedeutung habe, geht unwidersprechlich hervor aus dem Zusammenhang der Stelle des Festus, indem ja das Fragment aus Cato gerade für jene Bedeutung citirt wird (s. den folg. §).

§ 7.

Die weiteren Stellen, welche hier noch angeführt werden müssen, sind zwar sämtlich späteren Schriftstellern entnommen, aber doch solchen, welche aus guten, alten Quellen geschöpft haben, so daß ihr Zeugniß für den alten Sprachgebrauch von sequester keineswegs gering anzuschlagen ist. Zuerst erwähne ich

SERVIVS COMM. in VERGILII Aen. XI. 133:

Pace sequestra; media (et temporali). Nam[que] sequester est

¹⁾ Das sinnlose seques prodent ist offenbar nur falsch gelesen aus: SEQUESTRODENT.

²⁾ Noct. Att. XX. 11.

³⁾ Gehalten im Jahr 600 a. u. c. (154 a. Chr. n.) Vgl. MEYER a. a. O. I p. 108 sqq.

⁴⁾ GELLIVS l. c.: „Sed quod apud sequestrem depositum erat, „„sequestro positum““ per aduerbium dicebant. CATO de Ptolemaeo contra Thermum: Per deos immortalis nolite uos atque [. . . .].“

7. [aut] medius inter duos altercantes, [aut] apud quem aliquid ad tempus seponitur, [dictum autem a sequendo, quod eius, qui electus sit, utraque pars fidem sequitur]. Pacem ergo sequestram, inducias dicit i. e. pacem temporalem et mediam inter bellum praeteritum et futurum.

Freilich sind hier die beiden Verpflichtungen des sequester durch aut — aut so getrennt, daß unser Wort nicht gut die eine Bedeutung zugleich mit der anderen haben könnte. Da dieß aber doch, wie sich schon gezeigt hat und noch weiter zeigen wird, der Fall ist, sehen wir uns genötigt, das kritisch zweifelhafte aut — aut hinwegzulassen und zu lesen: sequester est medius inter duos altercantes, apud quem etc., wodurch jedes Bedenken gehoben wird.

Uebereinstimmend mit SERVIVS sagt

FESTVS S. U. sequester (Cod. Farn. p. 146):

Sequester is dicitur, qui inter aliquos, qui certant, medius, ut inter eos conuenerit, depositum ita tenet aliquid, ut ei reddat, qui * (cui) id deberi iure sibi constiterit

und

LACTANTIUS (LUTATIUS) PLACIDUS DER SCHOLIAST ZU STATIUS¹⁾:

Pacisque sequestra. Sequester dicitur, qui certantibus medius interuenit, apud quem cuiuscunque certaminis futuri pignora deponuntur; hoc uocabulum ab obsequendo factum est, quod eius, qui electus fuerit, utraque pars fidem sequatur

sowie

ISIDOR Etymol. X. 260:

Sequester dicitur, qui certantibus medius interuenit, qui apud Graecos $\delta \mu \epsilon \sigma \sigma$ dicitur, apud quem pignora deponi solent. Quod uocabulum a sequendo factum est, quod eius, qui electus est, utraque pars fidem sequatur.

Diese Stellen werden wir noch weiter benutzen. Für jetzt genügt es, dieselben angeführt zu haben, da dasjenige, was durch sie bewiesen werden sollte, ohne Weiteres aus ihnen hervorgeht.

¹⁾ Ad STATIUM Theb. VII u. 542. S. die Ausgabe der Werke des STATIUS Paris. 1600. p. 262.

§ 8.

Ueber das Gleichvorhandensein der doppelten Bedeutung s. von sequester erhalten wir noch durch mehrer Stellen Aufschluß, welche im Zusammenhang miteinander betrachtet werden müssen. Gellius¹⁾ giebt von einem Buch des P. Lavinius Nachricht, welches den Titel führte „De uerbis sordidis.“ In demselben sei gesagt, daß man in der Vulgärsprache²⁾ „sculna“ (quasi „seculna“) denjenigen nenne, „quem, qui elegantius loquuntur „„sequestrem““ appellant.“ Dieses Wort gebrauche auch M. Varro, wie derselbe Lavinius bezeuge. Das Wort sculna kommt nun vor bei

MACROBIUS Saturn. I. III c. 17 §§ 15 sqq.³⁾:

15. Nam cum Antonius quidquid mari aut terra aut etiam caelo gignerentur ad satiandam ingluuiem suam natum existimans faucibus ac dentibus suis subderet, eaque re captus de Romano imperio facere uellet Aegyptium regnum, Cleopatra uxor, quae uinci a Romanis nec luxuria dignaretur, sponsione prouocauit, insumere se posse in unam coenam sestertium centies. 16. Id mirum Antonio uisum, nec moratus sponsione contendit, dignus sculna Munatio Planco, qui tam honesti certaminis arbiter electus est. Altera die Cleopatra pertemptans Antonium pollucibilem sane coenam parauit, sed quam non miraretur Antonius, quippe qui omnia, quae adponebantur ex cotidianis opibus agnosceret. 17. Tunc regina adridens sialam poposcit, cui aceti nonnihil acris infudit atque illuc unionem demptum ex aure altera festinabunda demisit, eumque mature dissolutum, uti natura est eius lapidis, absorbuit: et quamuis eo facto sponsione uicisset, quippe cum ipsa margarita centies sestertium sine contentione eualuisset, manus tamen et ad alterius unionem auris similiter admouit, nisi Munatius Plancus iudex seuerissimus superatum Antonium mature pronuntiasset.

¹⁾ Noct. Att. X. 11.

²⁾ Ueber diese vgl. Bernhardt, Grundriß der Röm. Literatur. 2. Aufl. S. 321 Note 240.

³⁾ Nach der Ausgabe von L. JAN. Quedlinburgi et Lips. 1852.

8. Es unterliegt keinem Zweifel, daß Munatius Plancus zum Kampfrichter („arbitr“) bei der Wette des Antonius und der Cleopatra gewählt war. Warum aber bezeichnet ihn Macrobius ausdrücklich als *sculna*, warum begnügt er sich nicht einfach damit, ihn *arbitr* oder *iudex* zu nennen? Das deutet darauf hin, daß jenes vulgäre Wort bei Wetten, die ja bei den Römern so häufig vorkamen, oft gebraucht worden sei und eine bestimmte Bedeutung gehabt habe.¹⁾ Erinnern wir uns nun, daß nach Römischer Sitte häufig die beiderseitigen Wettpreise bei einem Dritten deponirt wurden, wie u. A. aus Fr. 17 § 5 de praescript. uerbis (19. 5) hervorgeht, und daß diese Art der Wetten, wobei man den deponirten Wettpreis als *pignus* betrachtete, so gebräuchlich waren, daß ein besonderer Sprachgebrauch für die Provokation („in pignus uocare“) sich bildete, nämlich: „da pignus, ni oder si ita est“²⁾; so ist es das Natürlichste anzunehmen, daß Wort *sculna* sei eine stehende Bezeichnung für denjenigen gewesen, bei welchem die Wettsumme deponirt worden war, der aber zugleich über den Ausgang der Wette zu entscheiden hatte. Da nun nach Gellius *sculna* bloß eine vulgäre Nebenform von *sequester* ist, muß auch das letztere Wort die schon öfter angegebene Bedeutung haben.

§ 9.

Wir werden unten noch genauer zu untersuchen haben, wie die Stellung des *sculna* oder *sequester* bei der Wette juristisch verschieden ist von der Stellung eines *sequester* im wirklichen Rechtsstreit.³⁾ Ebenso aber, wie man die Benennung *sequester*,

¹⁾ Vgl. über *sculna*: Döderlein, latein. Synonyme und Etymologien. 6. Th. S. 325: „*Sculna*, der Schiedsrichter, stimmt buchstäblich zu *καλόνης εἴρων*. *Πόδιοι* Hes. und selbst sachlich, wenn sich *εἴρων* durch *εἰρήνης* auctor erklären läßt. Von *κηλεῖν*, *ἐκηλος*, wie *sequester* von *ἀνεστῆρ*.“ (Eher möchte *sculna* verwandt sein mit „*scudite*“ i. e. *separate* uel *cernite*. Vgl. das, aus alten Mss. der vatikanischen Bibliothek von A. Mai zusammengestellte Glossar in: „*Classicorum Auctorum ex Vaticanis codicibus editorum* Tom. VI. Romae 1834. p. 544.

²⁾ Vgl. unten §§ 32 ff. und die dort citirten Quellen und Schriftsteller.

³⁾ S. u. § 36.

welche ursprünglich den Schiedsrichter in Rechtsstreitigkeiten bezeichnet, über ihre eigentlichen Grenzen hinaus auf den Entscheider bei Wetten angewendet hat — indem man namentlich darauf Rücksicht nahm, daß dort wie hier der streitige Gegenstand in die Hände des Dritten gelegt wurde — ist jener Ausdruck auch auf andere Mittelspersonen, Vermittler, Versöhner u. übertragen worden, zunächst freilich immer unter Voraussetzung der Deposition eines Gegenstands oder einer Summe von noch ungewissem juristischen Schicksal. In dieser Beziehung ist besonders eine Stelle von Cicero bemerkenswert. Es kommt in der Rede für M. Cluentius u. A. darauf an, nachzuweisen, daß nicht Cluentius die Richter bestochen habe, um dadurch die Verurteilung des älteren Oppianicus herbeizuführen, sondern daß vielmehr von Letzterem selbst einem der Richter, dem C. Aelius Stalenus eine große Geldsumme zur Bestechung des Gerichts ausgehändigt worden sei. Cicero erwartet nun von Seiten der Vertheidigung den Einwand, Oppianicus habe jene Summe dem Stalenus zu dem Zweck gegeben, um mit Hülfe derselben eine Aussöhnung zwischen ihm (Oppianicus) und Cluentius zu Stande zu bringen. Diese Ausrede sucht er im Voraus dadurch zu entkräften, daß er das Ungereimte und Unwahrscheinliche derselben hervorhebt:

Cap. XXXI § 86:

— — Qui enim poterat tum in gratiam redire cum Oppiano Cluentius? qui cum matre habebat simultates: haerebat in tabulis publicis reus et accusator: condemnati erant Fabricii: nec elabi alio accusatore poterat Albius: nec sine ignominia calumniae relinquere accusationem Cluentius. XXXII. 87. An ut praeuaricaretur? Iam id quoque ad corrumpendum iudicium pertinet. Sed quid opus erat ad eam rem iudice sequestre? et omnino, quamobrem tota ista res per Stalenum potius, hominem ab utroque alienissimum, sordidissimum, turpissimum, quam per bonum aliquem uirum ageretur et amicum necessariumque communem?

Die Worte „An ut praeuaricaretur . . . pertinet“ sind eine spöttisch hingeworfene Aeußerung, wodurch die Ausführung unterbrochen wird, denn das Folgende kann bloß auf das Vorgeben

9. bezogen werden, Oppianicus habe Versöhnung mit Cluentius gesucht, da man einen *uir bonus* nicht um Jemanden zur Prävarication zu bewegen, wohl aber um Versöhnung zu stiften beiziehen kann. Der Gedanke Cicero's ist somit der: Wenn das Vorgeben wahr wäre, warum hätte dann Oppianicus gerade einen seiner Richter zum Vermittler der angeblich beabsichtigten Ausöhnung mit Cluentius erwählt und bei diesem das dazu bestimmte Geld niedergelegt, da doch zu diesem Geschäft ein *uir bonus*, ein genauer beiderseitiger Bekannter, viel geeigneter gewesen wäre. Durch das Wort *sequester* wird also hier offenbar derjenige bezeichnet, bei dem das Geld niedergelegt war, der aber zugleich die Ausöhnung bewirken sollte, also der versöhnende und die Eintracht wiederherstellende Vermittler. — Ganz ähnlich kommt das Wort auch vor bei D. Septim. Florens Tertullianus in Stellen (*De resurrect. carnis* cc. 51, 63; *Aduersus Praxean* c. 27 i. f.), die wir unten noch weiter benutzen werden.

§ 10.

Obwohl *sequester* in dem eben angegebenen Sinn nicht mehr einen eigentlichen Schiedsrichter im Rechtsstreit bezeichnet, so hat es sich doch auch noch nicht gerade weit von jener ursprünglichen Bedeutung entfernt. Der Versöhner zweier Parteien nimmt auch die Stelle eines Schiedsrichters ein, nur nicht die eines Schiedsrichters im Rechtsstreit, sondern die eines Schiedsrichters in anderen Streitigkeiten. Ein solcher muß mit den Parteien verhandeln, um die Versöhnung zu Stande zu bringen, er ist gleichsam ein Unterhändler und so bildet die Bedeutung „Versöhner“ eine Brücke zu der weiteren Bedeutung: „Unterhändler, Zwischenhändler.“ Dabei hat das Wort zunächst immer noch die auf Deposition einer Sache bei dem Unterhändler hinzielende Nebenbedeutung.

Bei den Römern war es nun sehr gebräuchlich, das Erkaufen der Stimmen für die Wahlen und die Bestechungen der Richter durch Unterhändler besorgen zu lassen, denen die Kauf-, bezüglich Bestechungssumme ausgehändigt wurde, um sie, wenn das erstrebte Ziel erreicht war, den Erkauften oder Bestochenen zu übergeben.

Es geschah dieß im Interesse der beiderseitigen Sicherheit; der 10. Unterhändler konnte zu gleicher Zeit Depositär der Bestechungs- u. Summe sein, dann hieß er *sequester*; doch kommen auch beide Functionen getrennt vor, dann hieß der Unterhändler *interpres*, *sequester* aber der Depositär der Summe.

So erklären sich folgende Stellen:

CICERO Act. in C. Verrem I c. 12 § 36:

— qui aut deponere, aut recipere, aut accipere, aut polliceri, aut sequestres aut interpretes corrumpendi iudicii solent esse.

IDEM Orat. pro Cluentio c. XXVI § 72:

— sequester et confirmator pecuniae desiderabatur.

IDEM Orat. pro Cn. Plancio c. XVI:

Cuius tu tribus uenditorem et corruptorem et sequestrem Plancium fuisse clamitas.

Zu der ersten Stelle ist besonders zu vergleichen:

PSEUDO-ASCONIUS¹⁾:

Qui aut deponere] deponitur in sequestri; *accipitur* ab eo qui corrumpitur; *recipitur*, i. e., promittitur, ab eo, qui pro iudicatu spondet; *pollicetur*, qui apud se dicit aut praemium aut sententiae potestatem esse. *Sequestres* sunt, apud quos pecunia deponitur; *interpretes*, per quos indicitur pactio.

Zwar werden hier *sequestres* und *interpretes* ausdrücklich geschieden. Allein es erhellt aus vielen anderen Stellen, daß man den *sequester* nicht bloß zur Deposition des Geldes, sondern auch zu den Unterhandlungen u. selbst gebrauchte.

§ 11.

Es kommt sogar vor, daß unser Wort denjenigen bezeichnet, welcher die Bestechung der Richter, die Stimmenerkaufung bei Wahlen u. besorgt, ohne daß deshalb besonders an die Deposition einer Geldsumme bei demselben gedacht würde. So erscheint zuerst wieder *sequester* in einer einfachen Bedeutung, die freilich von der ursprünglichen weit verschieden ist. Von den hierher gehörigen Stellen führe ich an:

¹⁾ Cic. Opp. ed. ORELLI. Vol. V. pars alter. p. 145.

11. QUINT. CICERO De petitione consulatus c. ult.:

Quare si aduigilamus pro rei dignitate et si nostros ad summum studium beneuolos excitamus; et si hominibus gratiosis studiosisque nostri suum cuique munus describimus, et si competitoribus iudicia proponimus; sequestribus metum iniicimus; diuisores ratione aliqua coërcemus: perfici potest, ut largitio aut nulla fiat, aut nihil valeat.

SENECA Ad Lucilium epistularum moralium lib. XX epist. I.¹⁾

— § 3. Hoc est, mi Lucili, egregium, hoc securum ac liberum, nihil petere et tota fortunae comitia transire. Quam putas esse iucundum tribubus uocatis, cum candidati in templis suis pendeant et alius nummos pronunciet, alius per sequestrem agat. alius eorum manus osculis conterat, quibus designatus contingendum manum negaturus est, omnes adtoniti uocem praeconis exspectant, stare otiosum et spectare illas nundinas nec ementem quicquam nec uendentem?

Aber nicht bloß derjenige, welcher bei Bestechungen u. zum Unterhändler gebraucht wird, heißt sequester, sondern Jeder, welchen man als Mittelsperson in Geschäften gebraucht, die man nicht gern in eigener Person abmacht, entweder weil man nicht kann, oder weil man sich einer Last entledigen will, oder aber weil man sich scheut, sie selbst zu besorgen. In dieser Bedeutung finden wir das Wort bei

CICERO Accusat. in C. Verrem lib. II c. 44 § 108:

Is est Claudius, qui in Sicilia sequester istius, interpres, confector negotiorum, prope collega Timarchidi numerabatur —.

IDEM Orat. pro Cluentio c. VIII § 25:

— quo sequestre in illo indice corrumpendo dicebatur esse usus —.

QUINTILIAN. Institut. orat. l. XII c. 8²⁾:

— Ne illas quidem tulerim delitias eorum, qui doceri amicos suos iubent: quamquam minus mali est, si illi saltem recte discant, recteque doceant. Sed quis discet tam bene

¹⁾ Nach der Ausgabe von FICKERT. Lips. 1842 sqq.

²⁾ Ausgabe von P. BURMANNUS. Lugd. Bat. 1720.

quam patronus? Quomodo autem sequester ille et media 11.
litium manus, et quidem interpres, impendet aequo animo
laborem in alienas actiones cum dicturus ipse non sit?

Hier ist nämlich sequester derjenige, welcher sich in einer
Prozeßsache für den Anwalt von einer Partei instruiren läßt. Da-
bei ist freilich noch ein Anklang an die alte Nebenbedeutung, in-
dem bei dem Stellvertreter des patronus causae gleichsam das von
der Partei Vorgetragene deponirt wird.

Auch bei

Q. AUREL SYMMACHUS Epist. III. 72¹⁾:

Est autem sequester sermonis mei Foelix — —

IDEM Epist. III. 11:

Nunc euentus optabilis ueterum morum sequestrem scriptis
meis praestitit

hat das Wort gleiche Bedeutung, indem es da „Vermittler
der Unterhaltung durch Schrift, Briefüberbringer“
heißt.

§ 12.

Wie sequester in der Bedeutung „Unterhändler“ von dem
früher damit verbundenen Nebenbegriff befreit worden ist, so auch
in der Bedeutung „Versöhner, Wiederhersteller der Eintracht,
Schiedsmann“. Das Wort kommt auf diese Weise bei späteren
Schriftstellern wieder zu seiner uranfänglichen reinen Bedeutung,
obwohl man sich des Zusammenhangs nicht recht bewußt
war. Wohl aber erinnerte man sich, daß sequester in alter
Zeit „Schiedsrichter“ bezeichnet hatte, und so sind es denn vor-
züglich Dichter, welche, in bekannter Hinneigung zum Alterthüm-
lichen, jetzt das Wort wieder in dieser und ähnlicher Bedeutung
gebrauchen, nicht bedenkend, daß es eine ganz besondere Art von
Schiedsrichtern war, welche dereinst den Namen sequester führten,
und nicht gehalten von der Scheu, welche in früheren Zeiten
das Volk verhindert hatte, jene Benennung auch auf andere

¹⁾ Ich citire Symmachus überall, wo nicht etwas Anderes ausdrücklich
bemerkt ist, nach der Ausgabe von PAREUS. Neap. Nemat. 1617.

12. Schiedsrichter als die von Anfang an damit bezeichneten zu übertragen. Die Stellen, auf die ich mich beziehe, sind folgende:

SENECA Ad Heluetiam matrem de consolatione c. XII § 5¹⁾:

— Menenius Agrippa, qui inter patres ac plebem publicae gratiae sequester fuit, aere collato funeratus est.²⁾

M. ANNÆUS LUCANUS Pharsal. I. X u. 472³⁾:

Sed neque ius mundi ualuit, neque foedera sancta
Gentibus: orator regis, pacisque sequester,
Aestimat in numero scelerum ponenda tuorum
Tot monstis, Aegypte, nocens.

C. SILII ITALICI Punicorum lib. VI uu. 346 sqq.⁴⁾:

At noua Elissaei iurato foedere Patres
Consultant mandare duci pacisque sequestrem
Mittere, poscentes uinctam inter proelia pubem
Captiuamque manum ductore rependere nostro.

P. PAPINIUS STATIUS Theb. I. VII uu. 542, 43:

— Ubi tunc fidei pacisque sequestra
Mater eras? —

SEX. JUL. FRONTINUS Strategam. I. I c. 4 ex. 13⁵⁾:

Idem (*Philippus*) qui Cherronesum, quae iuris Atheniensium erat, occupare prohiberetur, tenentibus transitum non Byzantium tantum, sed Rhodiorum quoque et Chiorum nauibus, conciliauit animos eorum reddendo naues, quas ceperat, quasi sequestres futuros ordinandae pacis inter se atque Byzantios, qui causa belli erant.

Gleiche Bedeutung hat auch das Abiectivum sequestris bei:

VERGIL. Aen. I. XI uu. 133 sq.:

— — et pace sequestra
Per siluas Teucris mixtique impune Latini
Errauere iugis.

¹⁾ Ausg. von F. HAASE. Lips. 1852.

²⁾ Ähnlich wird bei LIVIUS II c. 32 Menenius Agrippa: „interpres arbiterque concordiae ciuium“ genannt.

³⁾ Ausg. von C. F. WEBER. Lips. 1821.

⁴⁾ Ausg. von G. A. RUPERTI. Gott. 1795.

⁵⁾ Ausg. von PETR. SCRIVERIUS. Lugd. Bat. 1633.

STATIUS Theb. l. II u. 425 sq.:

12.

— — nunc omnia quando

Plena minis, nec sceptris fide, nec pace sequestra

Poscitis — — —.

AUREL. PRUDENTIUS CLEMENS Hamartig. uu. 909 sqq.¹⁾:

Sic arcana uidet tacitis cooperta futuris

Corporeus Joannis adhuc, nec carne solutus,

Munere sed sompni, paulisper carne sequestra

Liber ad intuitum sensuque oculisque peragrans

Ordine dispositos uenturis solibus annos

Procinctum uidet angelicum, etc.

§ 13.

Schon oben haben wir gesehen, daß dem Zwischenmann oder Unterhändler, welchen man sequester nannte, nicht immer die anständigsten Verrichtungen aufgetragen waren. Vielmehr bekam unser Wort dadurch, daß man Unterhändler bei Bestechungen u. damit bezeichnete, eine etwas schmutzige Nebenbedeutung. In dieser unanständigen Richtung wird es nun noch weiter gebraucht. Der sequester ist auch Vermittler und Helfer bei allen Schandthaten. So findet sich das Wort (zunächst übertragen) bei

VALERIUS MAXIMUS De dictis factisque memorabilibus l. IX c. 1 § 7²⁾:

P. autem Clodii iudicium quanta luxuria et libidine abundauit? in quo ut euidenter incesti crimine nocens reus absolueretur, noctes matronarum et adolescentium nobilium, magna summa emptae, mercedis loco iudicibus erogatae sunt. Quo in flagitio tam tetro, tamque multiplici, nescias primum quem detestare; an qui istud corruptelae genus excogitauit, an qui suam pudicitiam sequestrem periurii fieri passi sunt, an qui religionem stupro permutarunt.

Ferner bei

¹⁾ Ausg. von Th. OBBIARIUS. Tub. 1845.

²⁾ Ausg. von C. B. HASE. Paris 1823.

13. AMMIANUS MARCELLINUS *Historiar. siue rerum gestar. lib. XIII*
c. 7 § 21¹⁾:

Iamque lituis cladium concrepantibus internarum non celate, ut antea, turbidum saeuiebat ingenium, a ueri consideratione detortum: et nullo impositorum uel compositorum fidem sollemniter inquirente, nec discernente a societate noxiorum insontes, uelut exturbatum e iudiciis fas omne discessit: et causarum legitima silente defensione, carnifex rapinarum sequester, et obductio capitem, et bonorum ubique multatio uersabatur per orientales prouincias.

Der Sinn der letzten Worte aber ist jedenfalls: „Bei der Auflösung jeglichen Rechtszustands war Niemand seines Lebens und Vermögens sicher: der Henker, Hinrichtungen, Einziehungen des Vermögens waren in den östlichen Provinzen an der Tagesordnung.“ Doch warum heißt der Henker rapinarum sequester? Gewiß weiß man diejenigen Personen, deren Vermögen man haben wollte, ohne Weiteres (causarum legitima silente defensione) hinrichten ließ. So war er der Vermittler des Raubs.

Besonders häufig wird sequester gebraucht, wenn man von Unterhändlern zur Unzucht u., Kupplern u. spricht:

L. APULEIUS MADAURENSIS *Metam. l. IX c. 15*²⁾:

— — Sed anus quaedam, stupri sequestra et adulterorum internuntia, de die quotidie inseparabilis aderat.

IBID. l. VI c. 31:

Nec nos memoria deseruit utique, quid iamdudum decreueritis de isto asino, semper pigro quidem sed manducone summo, nunc etiam mendaci fictae debilitatis et uirginalis fugae sequestro ministroque.

IULIUS FIRMICUS MATERNUS *Astron. VI. 31*³⁾:

¶ si in MC fuerit inuenta, et cum ea ♂ et ♀ constituti, aequata partium societate iungantur, aut sequestres, aut turpium libidinum ministros facient, ita ut ex tali quaestu, quotidiana illis uitae praesidia comparentur.

¹⁾ Ausg. von J. A. WAGNER. Lips. 1808.

²⁾ Ausg. von D. G. F. HILDEBRAND. Lips. 1842.

³⁾ Ausg. von NIC. PRUCKNER. Basil 1533.

Imppp. VALENTINIANUS, VALENS et GRATIANUS in C. 1 C. Th. 13.
de nuptiis (3. 7):

Viduae intra uicesimum et quintum annum degentes etiamsi emancipationis libertate gaudent, tamen in secundas nuptias non sine patris sententia conueniant. In oppugnationem cessent itaque sequestres atque interpretes taciti nuntii renuntii-que corrupti. Nuptias nobiles nemo redimat, nemo sollicitet, sed publice consulatur affinitas, adhibeatur frequentia procerum etc.

Dabei ist zu bemerken, daß diese Constitution nur von der Wiederverheirathung der Wittwen senatorischen Rangs handelt und daß durch ihre Vorschrift einem Scandal, welcher damals oft vorgekommen zu sein scheint, nämlich daß hochgestellte verwitwete Frauen durch Vermittlung von Kupplern unstandesgemäße Ehen schlossen, vorgebeugt werden sollte.¹⁾

Nach allem diesen ist es nicht wunderbar, wenn bei Firmicus Maternus das Wort *sequester* geradezu in der Bedeutung „Gehülfe eines Verbrechens, Fehler“ u. vorkommt.

Astron. I. III c. 13:

— — Erunt etiam fideiussores, et qui ex hac re, maximis periculis conquassentur atque ad humilitatem, paupertatemque deueniant; quod cum illis contigerit, illicitarum quarundam artium auctores erunt, unde uel sequestres, uel conscii in quibusdam malis comprehensi, maximis periculorum laqueis implicantur, ita ut damnationis animaduersione plectantur.

§ 14.

Nachdem wir aus vielen Beispielen ersehen haben, wie das Wort *sequester* etwa schon seit Cicero ohne seine alte, auf ein Depositum hinzielende Nebenbedeutung sich findet, ist es notwendig, zu fragen, ob und in wie weit die letztere sich noch in späteren Zeiten erhalten hat? Denken wir uns den früheren Inhalt des Wortes aus Zwischenmann und Depositum zusammengesetzt, so ist der letztere Begriff nach der

¹⁾ Vgl. den Commentar des JACOB. GOTHOFREDUS zu dieser Stelle.

14. einen, bisher betrachteten Seite hin ganz eingeschrumpft und verloren gegangen. Umgekehrt kann aber auch der erste Begriff geschwunden, dagegen der letztere zu größerer Bedeutung gekommen sein. Dieß ist nun auch wirklich der Fall. Bereits haben wir einzelne Beispiele kennen gelernt, wo das Depositum hervor-, der Begriff „Vermittler oder Entscheider“ dagegen zurücktrat (s. oben die Stellen in § 10). Noch mehr ist dieß der Fall überall, wo sequester im juristischen Sinne gebraucht wird. Wir würden unserer Entwicklung vorgreifen, wenn wir jetzt schon näher darauf eingehen wollten. Doch so viel sei einstweilen bemerkt, daß in juristischer Beziehung der sequester immer Depositär ist, daß er dabei aber auch jederzeit die Befugnisse eines Entscheiders auszuüben hat, obwohl sich mitunter die letzteren auf ein Minimum reduciren, indem er bloß beurteilt, ob die Bedingung eingetreten sei, unter welcher dem Einen oder dem Anderen der Deponenten restituirt werden muß (vgl. § 22). Die Stellen bei Juristen und Nichtjuristen, in welchen sequester in der angegebenen Bedeutung vorkommt, werden wir unten kennen lernen. Hier will ich nur noch einiger von sequester abgeleiteten Wörter gedenken, namentlich des Verbum sequestrare, welches bald so viel als „bei einem sequester deponiren“, bald aber überhaupt so viel als „deponiren oder aufbewahren“ heißt.

Q. S. FLORENS TERTULLIANUS Aduersus Valentinianos c. 25¹⁾:
 Inerat autem in Achamoth ex substantia Sophiae matris peculium quoddam seminis spiritalis, sicut et ipsa Achamoth in filio Demiurgo sequestrauerat, nec hoc quidem gnaro. Accipe industriam-clandestinae prouidentiae huius. Ad hoc enim et deposuerat et occultauerat, ut — —.

IDEM De anima c. 25:
 Ceterum semen ex concubitu muliebribus locis sequestratum — —.

IBID. c. 55 i. f.:
 Habens etiam de paradiso a nobis libellum, quo constituimus omnem animam apud inferos sequestrari in diem domini.

¹⁾ Ausg. von F. OEHLEK. Lips. 1853. 54.

IBID. c. 58:

14.

Aut nihil uis agi illic, quo uniuersa humanitas trahitur, quo spes omnis sequestratur.

IDEM De resurrectione carnis c. 38:

Post dicta domini facta etiam eius quid sapere credamus, de capulis, de sepulchris mortuos resuscitantis? Cui rei istud? Si ad simplicem ostentationem potestatis, aut ad praesentem gratiam redanimationis, non adeo magnum illi denuo morituros suscitare. Enimvero si ad fidem potius sequestrandam futurae resurrectionis, ergo et illa corporalis praescribitur de documenti sui forma.

IBIDEM c. 27:

Proinde enim et corpora medicata condimentis sepulturae mausoleis et monumentis sequestrantur processura inde cum iusserit dominus.

SERVIUS COMM. IN VERGIL. BUCCOL. III. 31:

Depono; in sponsione colloco, sequestro.

Quo pignore; qua sponsione, quia pignus sponsioni est.

Q. AUREL. SYMMACHUS Epistul. I. X epist. 50:

— Interea sequestrato Lollianæ C. F. nomine — —.

IDEM Epist. I. X epist. 53 (f. u. Buch 2 Kap. 1).

AUREL. PRUDENTIUS CLEMENS Cathemerinon X. Hymn. in exequiis defunctorum:

u. 127: Nunc suscipe terra fouendum,
Gremioque hunc concipe molli:
Hominis tibi membra sequestro,
Generosa et fragmina credo.

— — — — —
— — — — —

u. 133: Tu depositum tege corpus

— — — — —

u. 137: Veniant modo tempora iusta
Cum spem deus impleat omnem:
Reddat patefacta necesse est,
Qualem tibi trado figuram.

14. Bei Tertullian (*De resurrectione carnis* c. 52) kommt auch ein Wort *sequestratorium* vor für „Aufbewahrungsort“.

§ 15.

Was bei einem *sequester* oder sonst wie deponirt wird, muß von dem übrigen Vermögen des bisherigen Inhabers abgesondert und gleichsam allein, eigens gelegt werden. So ist es zu erklären, wenn in späteren Zeiten *sequestrare* oft so viel heißt, als „absondern, trennen, allein stellen, entfernen, vollenden oder abmachen (gleichsam: „fertig bei Seite legen“), aufschieben („unfertig bei Seite legen“), aufheben“. Der Uebergang von „aufbewahren, niederlegen“ zu „absondern, trennen“ läßt sich erkennen aus folgender Stelle:

TERTULLIAN. *De anima* c. 14:

Haec omnia quibus titulis nuncupentur, et quibus ex se diuisionibus detineantur, et quibus in corpore metationibus sequestrentur, medici potius cum philosophis considerabunt, nobis pauca conuenient.

Alle übrigen hier anzuführenden Stellen gehören der späteren Zeit an. Zunächst mögen genannt werden folgende kaiserliche Constitutionen:

C. 21 C. Th. de feriis (2. 8):

Imppp. VALENTINIANUS, THEODOSIUS et ARCADIVS AAA. Tatiano Pf. P. Actus omnes seu publici seu priuati diebus quindecim Paschalibus sequestrentur. Dat. VI. Kal. Iun. Constantinopoli, Arcadio A. II. et Rufino Coss. (392.)

C. 18 C. Th. de exactionib. (11. 7):

Impp. HONORIUS et THEODOSIUS AA. Anthemio Pf. P. Largitionalium titulorum exactionem, palatinorum obsequiis uetustatis more consecratam, iuxta priscam consuetudinem celebrari censemus; recens conditae legis in hac parte auctoritate sequestrata, quae ritu uetustatis neglecto, palatinae munera dignitatis intempestiua legatorum Achiuorum admonitione abstulerat. — — Dat. V. Kal. Oct. Constantinopoli, Honorio VIII. et Theodosio III. AA. Coss. (409.)

C. 5 C. Th. de censorib. (13. 11):

15.

Imppp. THEODOSIUS, ARCADIVS et HONORIUS AAA. Rufino Pf. P. — — Emenso autem eo tempore, actio denegabitur; sequestratis minoribus, qui fuerint indefensi; his etiam, qui aberunt causa reipublicae. — — Dat. III. Kal. Dec. Constantinopoli, D. N. Theodosio A. III. et Abundantio, V. C. Coss. (393.)

Ferner führe ich noch an aus nichtjuristischen Schriftstellern jener Zeit:

ARNOBIUS Disputationum aduersus gentes l. V c. 19¹⁾:

Bacchannalia etiam praetermittamus immania, quibus nomen Omophagiis Graecum est: in quibus furore mentito, et sequestrata pectoris sanitate, circumplicatis uos anguibus, atque ut uos plenos Dei numine ac maiestate doceatis, caprorum reclamantium uiscera, cruentatis oribus dissipatis.

VEGETIVS RENATVS Artis ueterinariae siue mulomedicinae lib. II c. 1 § 5²⁾:

— et quiescere etiam ab omnibus rebus et etiam sequestratum temperato tempore, et inambulationibus leuibus animal commoueri.

Q. AURELIUS SYMMACHUS Epist. l. I ep. 55:

Quare oblatam concordiam non refuto. Sequestrata consideratione fortunae redeat in gratiam, qui mouit offensam.

IDEM l. V ep. 40:

Quid, quod sequestrata affectione inuideo tecum futuris?

IDEM l. I ep. 68:

— — cui maturam praestabis effectum, ut sequestratum paulisper officium regressus arripiat.

IDEM l. VI ep. 76:

— — Ego ad sanitatem lento adhuc gradu prouehor: atque ideo itineris ulterioris ambiguus usque ad profectum deliberationem sequestro.

MACROBIUS Comm. in somm. Scipion. l. I c. 5 § 6:

Cum totum denique corpus nominas etiam superficies hoc uo-

¹⁾ Ausg. von J. C. ORELLI. Lips. 1816.

²⁾ Ausg. von J. G. SCHNEIDER. Lips. 1797.

15. cabulo continetur: de corporibus eam tamen etsi non res sed intellectus sequestrat.

Derfelbe in vielen anderen Stellen, so Comm. I. 5, 13. I. 6, 8. I. 8, 8. I. 10, 4. I. 5, 33. II. 14, 10 und anderwärts.

AMMIANUS MARCELLINUS Historiar. siue rerum gestar. I. XVII c. 13 § 29:

His sequestratis, Limigantes quoque fortitudine superauimus pari etc.

C. SOLLIUS APOLLINARIS SIDONIUS Epistul. I. I epist. ult.¹⁾:
Gratianensis omni ab infamia uir sequestrandus.

ANICIUS MANLIUS SEVERINUS BOETHIUS De consolatione philosophiae lib. II c. 5²⁾:

Nam haec per se a tuis quoque opibus sequestrata placuissent.

Auch das Adverbium sequestratim wird in ähnlicher Bedeutung gebraucht:

MAGNUS AURELIUS CASSIODORUS Variar. I. XI epist. I³⁾ ad fin.³⁾:

Quaeratis forsitan sequestratim Principis bona: abunde praedicat sobolem, qui eius laudat auctorem.

Ebenso ein von dem Verbum sequestrare abgeleitetes Substantivum sequestrator, das bei Symmachus Epist. I. VIII ep. 54 vorkommt und so viel bedeutet als Absonderer, bei Seite Setzer, Aufheber.

In einer Stelle des

BOETHIUS De consolatione philos. I. III c. 2:

An in bonis non est numeranda potentia? Quid igitur? Num imbecillum ac sine uiribus aestimandum est, quod omnibus rebus constat esse praestantius? an claritudo nihili pendenda est? Sequestrari nequit, quin omne quod excellentissimum sit, id etiam uidetur esse clarissimum;

ist das kritisch zweifelhafte „sequestrari“ um so bedenklicher, als es die Bedeutung: „geläugnet, bezweifelt werden“ haben würde,

¹⁾ Ausg. von JAC. SIRMONDI. Paris 1614.

²⁾ Ausg. von. TH. OBBIARIUS. Jen. 1843.

³⁾ Ausg. von J. GARETIUS. Venet. 1729.

welche anderwärts nicht vorkommt und nur gezwungen an die 15. übrigen Bedeutungen von *sequestrare* angeknüpft werden könnte.¹⁾

§ 16.

Zum Schluß dieser Einleitung will ich noch dasjenige zusammenstellen, was ich in alten Glossaren über die Bedeutung der Wörter *sequester*, *sequestrare* etc. habe finden können, indem dadurch das bereits Vorgetragene mehrfach unterstützt und bestätigt wird.

1. CYRILLI PHILOXENI aliorumque ueterum auctorum glossar. lat.-graec. et graec.-lat. a CAROLO LABBAEO collecta etc. Paris 1679²⁾:

Sequester, μεσιτης, ἐντριτος, συνθηκοφύλαξ, μεσέγγυος. c. μεσιτης. c. ἐντριτος. e. προσαγωγεύς. o.

Sequestracio, μεσεγγύη c. μεσιτεία c.

Sequestro, μεσεγγυῶ c. μεσιτεύω c. ἀποχωρίζω o.

Μεσιτεύω, *Sequestro*, *Interuenio*.

† *Μεσιτεία*, *Arbitrium*, *Sequestracio*, *Arbitratus*, *Arbitrium*. S.

εἴη † *μεσιτείε*, *Interuentu*. E.³⁾

μεσιτης, *Sequester*, *Arbitrator*, *Mediator*, *Arbiter*. P. *Arbiter*.

P. idem S.

¹⁾ Vgl. OBBARIUS Anm. zu dieser Stelle auf S. 142 seiner Ausgabe.

²⁾ Ich gebrauche den neuen Abdruck dieses Glossars, welcher unter dem Titel: CAROLI LABBAEI Glossaria graeco-latina et latino-graeca cum aliis opusculis Londini 1816 – 26. erschienen ist. — Zu bemerken ist, daß die Bedeutungen ohne nachfolgenden Buchstaben unverändert aus dem latein.-griech. und griech.-latein. Glossar des H. STEPHANUS (ex Ms. biblioth. Monasterii S. Germani. Paris 1572.) entnommen sind; was mit C (CYRILLUS) bezeichnet ist, hat LABBAEUS aus dem griech.-latein. Glossar des STEPHANUS in sein latein.-griech. Glossar herübergenommen und umgekehrt ist das mit P (PHILOXEN.) Bezeichnete aus dem lat.-griech. Glossar des STEPHANUS in das griech.-latein. des LABBAEUS übergegangen. Durch E werden die von LABBAEUS näher beschriebenen Excerpte, durch O das sogenannte Onomasticon, durch S eine von LABBAEUS geknüpfte Sylloge bezeichnet. Vgl. die Vorrede des LABBAEUS zu seinem Glossar p. V.

³⁾ Bei THEOPHILUS Paraphr. Institution. II. 18, 3 a. G. findet sich ἀγαθὸς ἀγαθοῦ μεσιτείας für boni uiri arbitratu.

16. *μεσίτης* †*ἐντιμος*, Sequester. P.
†*μεσιτεία*, Arbitrium. P. Interuentio. P.

2. Glossar des A. Mai¹⁾:

Sequester, interpres.

Sequester, pedissequus aut discretor.

3. Glossar aus einem Manuscript der Amplontianischen Bibliothek zu Erfurt, zusammengestellt von Fr. Dehler.²⁾

Sequester, hyrgea.³⁾

Sequester, susceptor pignoris.

Sequestra, sepone.

Sequester, susceptor pignoris uel obses.

4. Nic. Heinsius⁴⁾ führt aus einer handschriftl. Glosse an:
Sequester ἐστὶ παρ' ᾧ πολλοὶ ἐπίδικον παραδέδονται
πρᾶγμα.

Damit stimmt fast wörtlich überein eine Glosse in den sog. glossae nomicae des C. Labbäus⁵⁾:

Σκουέστωρ. μεσεγγυητής παρ' ᾧ πολλοὶ ἐπίδικον παρα-
τίθενται πρᾶγμα ἐπὶ δήλῳ ὄρω.

Zu vergleichen damit sind die Worte der Basiliken II. 2, 107 (Heimbach T. I p. 50).⁶⁾

5. Barnab. Brissoni⁷⁾ citirt aus einem alten Glossar:

Sequester est, apud quem res litigiosa deponitur, ut ei, qui
eam meruit, reddatur

und weiter:

sequester est, qui contestantibus medius interuenit.

¹⁾ Vgl. oben S. 16 Not. 1.

²⁾ Im „Archiv für Philologie und Pädagogik“ Bd. XIII Heft 2.

³⁾ Angelsächsisch, s. v. a. Bürge.

⁴⁾ Zu Ovid. Fast. lib. I u. 287.

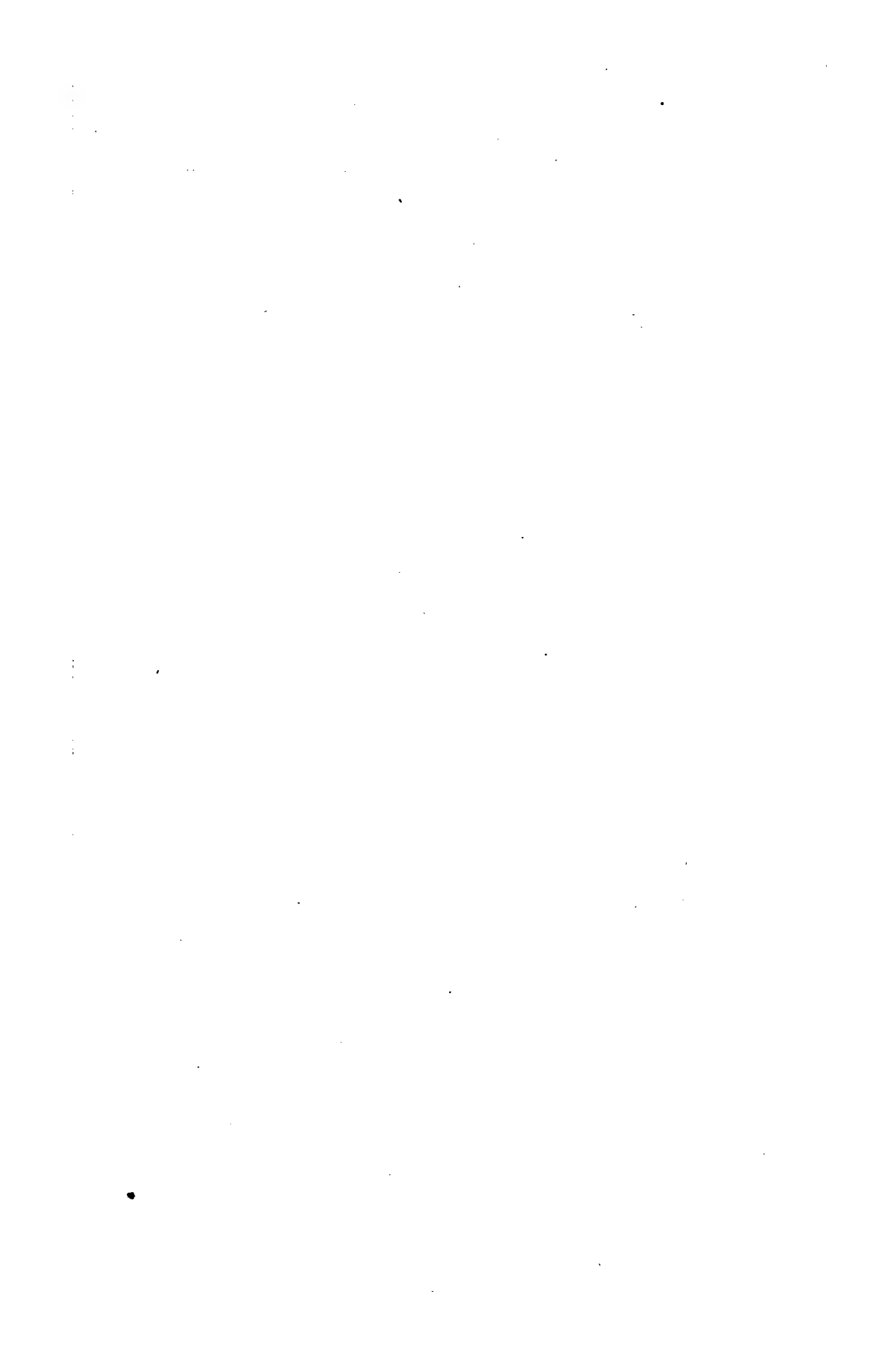
⁵⁾ Veteres Glossae uerborum iuris quae passim in Basilicis reperiuntur. Paris 1606. Abgedruckt in OTTONIS Thesaur. iur. ciuil. Tom. III p. 1706 sqq. Außer den oben angeführten Glossen findet sich dort auch noch Σουκέστωρ (soll wohl heißen Σουκέσσωρ), διάδοχος und Σουκέστορι, τῷ μεσίτη.

⁶⁾ S. unten § 17 S. 35 Not. 2.

⁷⁾ De V. S. s. u. sequester (Ed. HEINECC. p. 1241).

Erstes Buch.

Das ältere Römische Recht.



Erstes Kapitel.

Begriff der Sequestration und das Verhältniß der Deponenten zu dem Sequester.

§ 17.

In den Justinianischen Digesten finden sich mehrere Begriffs-^{17.}bestimmungen von sequester, in welchen aber überall die von uns oben gefundene Grundbedeutung des Wortes nicht besonders hervortritt. Die wichtigsten der einschlagenden Stellen sind:

Fr. 110 [109] de V. S. (50. 16):

MODESTINUS (libro VI^o Pandectarum)

Sequester dicitur apud quem plures eandem rem, de qua controuersia est, deposuerunt; dictus ab eo, quod occurenti aut¹⁾ quasi sequenti eos, qui contendunt committitur.²⁾

Fr. 6 depositi (16. 3):

PAULLUS (libro II^o ad Edictum)

Proprie autem in sequestre est depositum, quod a pluribus in solidum certa conditione custodiendum reddendumque traditur.³⁾

¹⁾ Anstatt aut haben manche Vulgathff. et. So das Ms. Biblioth. Bambergens. D I 8.

²⁾ Diese Stelle ist in den Basiliken (II. 2, 107. HELMBACH Tom. I p. 50) wiedergegeben: *Μεσεγγυητής ἐστὶ παρ' ᾧ πολλοὶ ἐπιδίχον παρίδωνται* (al. *παραιδίνονται*) *πράγμα*. Vgl. § 16 sub 4 a. G.

³⁾ GRONOVIVS (und nach ihm ERNESTI) ad TACIT. Annal. I. III c. 71 will

Fr. 17 eod.:

FLORENTINUS (libro VII^o Institutionum)

Licet deponere tam plures, quam unus possunt, attamen apud sequestrem non nisi plures deponere possunt, nam tum id fit, quum aliqua res in controuersiam deducitur; itaque hoc casu in solidum unusquisque uidetur deposuisse, quod aliter est, quum rem communem plures deponunt.

Die Sequestration — um gleich diesen Ausdruck für depositio apud sequestrem zu brauchen — ist demnach eine besonders qualifizierte Art des Depositum: mehrere Personen hinterlegen eine Sache bei einem Dritten mit der Bestimmung, daß dieselbe nach Eintritt einer gewissen Bedingung dem Einen von ihnen ausgehändigt werden solle. Dabei liegt der Nachdruck darauf, daß Mehrere die Sache deponiert haben müssen, und zwar Jeder (unusquisque) in solidum: nicht etwa eine gemeinsame

anstatt „in sequestre est depositum“ lesen: „sequestro est positum“; denn es sei durchaus unlateinisch, zu sagen „esse sequestre [aliquid]“ aut „in sequestre“. Wenn nun auch zugegeben werden muß, daß „in sequestro“ oder „sequestro ponere“ häufig vorkommt (so z. B. bei PLAUT. Rud. III. 3, 79. GELL. Noct. Att. 20. 11) und wohl die ursprüngliche Form ist, so kann doch auch nicht geläugnet werden, daß in der späteren Zeit sich oft „in sequestre deponere“ und „in sequestre ponere“ findet (so z. B. PSEUDO-ASCON. in Act. I. in C. Verrem c. 12 § 36; c. 6 C. Th. de liberal. caus. [4. 8] i. f.) und es ist wohl möglich, daß dieser Sprachgebrauch schon bei den klassischen Juristen herrschend war. Auf die HSS. ist in dieser Beziehung kein Verlaß. So lieft die Florentina in Fr. 33 depositi (16. 3) „in sequestre“, während HALOANDER und die Vulgathff. meistens „in sequestro“ haben. Vgl. BRENNMANN Not. 20 ad h. l. in der Göttinger Ausg. des Corp. iur. In der obigen Stelle hat die Florentina ebenfalls „in sequestre“, Vulgathff. dagegen (wie Mss. Bamberg. D II 1 und D I 6) „in sequestro“. (Auch Ms. Bamberg. D I 13 hat ursprünglich „in sequestro“, doch ist dieß durch die Hand des Correctors in „in sequestre“ umgewandelt worden.) Mir ist es wahrscheinlich, daß die Compileratoren, dem Sprachgebrauch ihrer Zeit folgend, in der Compilation überall „in sequestre“ setzten, auch da, wo die alten Schriftsteller vielleicht „in sequestro“ oder bloß „sequestro“ hatten. Spätere Abschreiber verwandelten das „in sequestre“ nach Belieben wieder in „in sequestro“ u.; was aber ursprünglich der Verfasser der Stelle schrieb, läßt sich auf keine Weise mehr erkennen. Vgl. übrigens Böcking, Pandekten-Institutionen 1. Bd. 2. Aufl. S. 482 und oben S. 3 Note 1 u. 2.

Sache, von der Jeder eine *pars quota* zu fordern hat¹⁾, sondern eine Sache, bei der es noch ungewiß, wer von Beiden dieselbe von dem Depositar zurückverlangen kann.²⁾ Nicht gerade nötig ist es, daß beide Deponenten in eigener Person bei dem sequester deponiren, vielmehr kann dieß so geschehen, daß der Eine die Deposition vornimmt und dabei bemerkt, er handle für sich und zugleich für den Anderen (*iussu alterius*).³⁾ Daher entsteht aus einem Factum zwischen Jedem der Deponenten und dem sequester eine *resolutiv* bedingte⁴⁾ *Obligatio* in der Weise, daß, wenn die Bedingung der einen *Obligatio* besicirt, die der anderen existent wird und umgekehrt. Nur Einer oder der Andere der Sequesteranten kann je nach Ausfall der Bedingung

¹⁾ Ueber die Deposition einer *res communis* vgl. *ULPIAN*: *Fr. 1 § 44 i. f. depositi* (16. 3) u. § 31 *ibid.* Uebrigens kann eine *res communis* von den Theilhabern auch wirklich sequestrirt werden, z. B. wenn diese sie mit der Bestimmung hinterlegen, daß der Sequester sie dem Ueberlebenden ganz zurückgebe. Vgl. u. § 80.

²⁾ Daß die deponirte Sache gerade jetzt schon eine streitige sei, ist, wie aus *Fr. 6 depositi* hervorgeht und wie sich unten noch zeigen wird, nicht notwendig. Es ist genügend, wenn nur überhaupt das rechtliche Schicksal der Sache noch ungewiß ist. Vgl. v. Wenig-Ingenheim, *Lehrbuch des gem. Civil-Rechts*. 4. Aufl. 1. Bd. § 50 S. 132.

³⁾ *AFRICANUS Fr. 39 de solutionib.* (46. 3). *ULPIANUS Fr. 9 § 3 de dolo* (4. 3). Vgl. § 50 und überhaupt über die Stellvertretung beim Depositum: *Fr. 1 § 11 depositi* (16. 3).

⁴⁾ Man könnte einwenden, daß z. B. im Fall eines Eigenthumsstreits über die sequestrirte Sache die Bedingung eine *conditio in praesens collata*, also keine eigentliche Bedingung, sei. Allein auch da wird die Fortdauer der *Obligatio* nicht davon abhängig gemacht, daß der Deponent im Augenblick der Deposition Eigenthümer sei, sondern davon, daß der den Eigenthumsprozeß Entscheidende den Deponenten für den Eigenthümer erklären werde, eine Entscheidung, die in Folge unregelmäßiger Prozeßführung u. auch eintreten kann, ohne daß der Deponent im Augenblick der Deposition Eigenthümer war. Uebrigens muß man sich die Bedingung so gefaßt denken: A deponirt bei C die Sache X, dieses Depositum aber soll kein Depositum sein, wenn für das Eigenthum des B an der Sache X günstig entschieden wird. Existirt dann die Bedingung, so wird *resolvirt*, besicirt sie, so bleibt die *Obligatio* bestehen. Das Depositum des B aber geschieht so: B deponirt die Sache X, dieses Depositum soll kein Depositum sein, wenn für das Eigenthum des A an der Sache X entschieden wird.

17. die fragliche Sache zurückfordern, weshalb auch an solidarische Obligationen überall nicht gedacht werden darf, eben so wenig wie Ulpian in

Fr. 1 § 44 depositi (16. 3):

Sed si duo deposuerint, et ambo agant, si quidem sic deposuerunt, ut uel unus tollat totum, poterit in solidum agere, den Fall einer Sequestration vor Augen gehabt hat. Hier war es nicht von dem Eintritt einer Bedingung abhängig gemacht, welcher der Deponenten die Sache sollte zurückverlangen können, sondern es war vielmehr der Wille der Contrahenten darauf gerichtet, dem einen Deponenten sowohl, wie dem anderen, die Einforderung der ganzen Sache zu ermöglichen.

§ 18.

Wir haben den Nachdruck darauf gelegt, daß bei der Sequestration mehrere Personen die Sache deponirt haben müssen. Es giebt der Sequestration ganz ähnliche Fälle, die aber doch, gerade weil die Deposition nur von einer Person geschehen ist, nicht denselben juristischen Charakter tragen. Einen solchen erwähnt Ulpian in

Fr. 18 (20 Vulg. 19 Hal.) de praescript. uerbis (19. 5):

Si apud te pecuniam deposuerim, ut dares Titio, si fugituum meum reduxisset, nec dederis, quia non reduxit, si pecuniam mihi non reddas, melius est praescriptis uerbis agere; non enim ambo pecuniam ego et fugitiuarius deposuimus, ut quasi apud sequestrem sit depositum.

A deponirt 100 bei B, damit dieser sie dem Titius gebe, wenn Letzterer den flüchtigen Sklaven des A zurückgebracht haben werde. Natürlich ist dabei stillschweigend verstanden, B solle die 100 dem A zurückgeben, wenn Titius den Sklaven nicht zurückbringe. So ist durch die Deposition der 100 zwischen A und B eine sogenannte alternative Obligation entstanden: es ist eine andere Leistung, wenn B dem Titius im Auftrage des A 100 zahlt, eine andere, wenn B dem A seine 100 restituirt. Beide Leistungen sind in obligatione, aber nur eine in solutione, und welche dieß sei, hängt vermöge ausdrücklicher Bestimmung von dem Eintritt oder Nicht-

eintritt eines zukünftigen noch ungewissen Umstands, also von 18. einer Bedingung ab. Deshalb ist jedoch nicht etwa die obligatio selbst eine bedingte, eben so wenig wie wenn die Wahl der alternativ geschuldeten Leistung dem Debitor oder durch ausdrückliche Bestimmung dem Creditor anheimgegeben war. Ueberall ist nur A, nicht etwa auch Titius Creditor, und die Obligatio zwischen A und B existirt von Anfang an unbedingt. Daraus erhellt schon, daß eine Sequestration, trotz der äußeren Ähnlichkeit des Verhältnisses, hier nicht vorliegt, und dieß spricht der Jurist geradezu aus: „non enim ambo pecuniam ego et fugitiarius deposuimus, ut quasi apud sequestrem sit depositum.“ Offenbar ist der vorliegende Vertrag aus Depositum und Mandatum gemischt und daher nimmt Ulpian, wie überall, wo bei einem durch Hingabe der Sache perfect gewordenen Rechtsgeschäft die einzelnen Merkmale der ordentlichen Contractsbegriffe zweifelhaft waren, fehlten oder mit einander concurrirten, ohne daß sie sich alle unter einen benannten Contract subsumiren ließen, einen Innominate contract an.¹⁾ Er schreibt dem A die actio praescriptis uerbis zu, womit dieser eintretenden Falls die Leistung an Titius ebenfogut hätte erzwingen können, wie er jetzt, da die Bedingung, unter welcher an Titius zu zahlen war, ausgeblieben, mit dieser Klage die Rückgabe der 100 erlangen kann. Auffallend ist nur Eines, daß nämlich Ulpian in einem ähnlichen Fall durchaus abweichend entscheidet.

Fr. 1 § 12 depositi (16. 3):

Quodsi rem tibi dedi, ut, si Titius rem non recepisset, tu custodires, nec eam recepit, uidendum est, utrum depositi tantum, an et mandati actio sit. Et POMPONIUS dubitat, puto tamen, mandati esse actionem, quia plenius fuit mandatum habens et custodiae legem.

¹⁾ Fr. 1—4 de praescript. verb. (19. 5). Dabei bin ich auch überzeugt, daß die Röm. Juristen, zumal die älteren, die actio praescriptis uerbis ausschloffen, wo eine andere Klage begründet war (Vgl. Fr. 5 §§ 2. 4 eod.), so daß in dem Obigen nicht etwa daran gedacht werden kann, daß außer der actio praescriptis uerbis noch andere Klagen begründet, aber vom Juristen mit Stillschweigen übergangen seien.

18. In unserer vorigen Stelle gab A dem B Geld, um es dem Titius zu zahlen, wenn dieser seinen (des A) Sklaven zurückgebracht haben werde; hier übergibt A dem B eine Sache, um sie dem Titius auszuhändigen oder sie aufzubewahren, wenn dieser sie nicht annehmen würde. Die Ähnlichkeit beider Rechtsgeschäfte ist einleuchtend, die Verschiedenheit aber folgende. In dem zweiten Fall beauftragte A den B, die Sache dem Titius zu geben; falls Letzterer die Acceptation verweigere — was nicht gerade sehr wahrscheinlich —, sollte er dieselbe im Gewahrsam behalten; es war also in das Mandat auch der Auftrag, eventuell custodia zu üben, miteingeschlossen: *plenius fuit mandatum habens et custodiae legem*. Das Mandat ist der Intention der Parteien gemäß die Hauptsache, der Auftrag zur custodia wird nur als eine besondere, in dem Mandat mitenthaltene Bestimmung betrachtet.¹⁾ Anders im ersten Fall. Da ist der Hauptcontract das Depositum: B soll das Geld aufbewahren; ein Mandat ist nur für den möglichen, aber weder besonders wahrscheinlichen, noch besonders unwahrscheinlichen Fall hinzugefügt, daß Titius den Sklaven zurückbringen werde. Das Mandat tritt daher hinter das Depositum zurück; allein das Letztere kann seiner Natur nach das Mandat nicht in sich aufnehmen, es wäre unmöglich zu sagen: *plenius fuit depositum habens et mandati legem*.

§ 19.

Hier nun entsteht die Frage: Wie kommt es, daß der Satz aufgestellt werden konnte: *plenius est mandatum habens et custodiae legem*, nicht aber umgekehrt: *plenius est depositum habens et mandati legem*? Buchta²⁾ sagt: „Der Depositär verpflichtet sich, die Sache in seinem Gewahrsam stehen zu lassen; durch weitere Obliegenheiten, die er übernimmt, wird der Vertrag zum Mandat.“ Diese Behauptung stützt sich auf Fr. 1 § 12 *depositi* (16. 3). Allein die Unrichtigkeit derselben geht schon aus Fr. 18 *de praescript. uerbis* (19. 3) hervor, und es wird sich dieselbe

¹⁾ Vgl. PAULLUS Fr. 5 § 4 *de praescript. uerb.* (19. 5).

²⁾ Pandekten § 321.

bei genauerer Betrachtung der Pflichten des Sequester unten noch 19. weiter ergeben. Die Römer erkennen an, daß der *contractus depositi* durch eine sogleich beigefügte Nebenbestimmung modificirt, bezüglich erweitert werden könne.¹⁾ Nur nicht ein wirkliches Mandat darf zu demselben hinzukommen, denn dann soll die *actio praescriptis uerbis*, also der Gesichtspunkt des *Innominatcontractus* Platz greifen. Das aber hat seinen Grund darin. Nach seiner eigentlichen Natur ist das *Depositum* bloß ein Mandat; es enthält den Auftrag des Deponenten an den Depositär, die deponirte Sache zu bewahren. Doch ist es eine besondere Art des Mandats, dadurch ausgezeichnet, daß mit dem Mandat das Anvertrauen einer dem Deponenten gehörigen Sache verbunden wird, also ein Mandat, bei welchem das *credere* des Auftraggebers besonders stark hervortritt. Darin aber, daß die Sache dem Beauftragten hingegeben wurde, lag der Grund, weshalb wohl von den ältesten Zeiten an das *Depositum* klagbar war, so daß man die anvertraute Sache durch persönliche Klage zurückverlangen konnte. Wir können füglich aufstellen: Das *Depositum* ist eine Art des Mandats, welche sich als *Realcontract* darstellt und deshalb klagbarkeit hatte, seitdem diese den *Realcontracten* überhaupt zukam. Der Satz aber, daß *re* eine vom Staat als vollgültig anerkannte *Obligatio* auf Rückleistung des Anvertrauten entstehe, ist gewiß eben so alt als derjenige, daß *uerbis* und *literis* eine durch Klage erzwingbare Verpflichtung erwachse.²⁾ Im Gegensatz dazu kann unbedenklich angenommen werden, daß die Bestimmung, wonach auch einzelnen *nudo consensu* eingegangenen Verträgen Klagbarkeit ertheilt wurde, erst späteren Ursprungs ist, indem in ihr eine Abweichung von dem Grundgedanken liegt, daß jeder Vertrag zu seiner vollen vom Staat anerkannten Wirksamkeit — die eben in

¹⁾ ULPIAN Fr. 1 § 6 *depositi* (16. 3). Fr. 1 § 22 *eod.* Fr. 7 §§ 5 *sqq.* 15. Fr. 50 *de pactis* (2. 14).

²⁾ Ist ja überhaupt von jeher der Grundsatz anerkannt, daß, wenn der Eine etwas geleistet hat, die Leistung des Mitcontractanten aber ausbleibt, das von dem Ersten dem Zweiten Anvertraute zurückgefordert werden kann. Vgl. BEKKER, *de emptione uenditione quae Planti fabulis fuisse probetur*. Berol. 1853 p. 8 und dazu DERNBURG in der (Heidelberger) Krit. Zeitschrift 2. Bd. S. 99.

19. der Gestattung einer *actio* liegt — einer äußeren Form, einer *civilis causa* bedürfe. „Die Einkleidungen von Kauf- und Miethverträgen in *Stipulationen*, die uns Cato und Varro erhalten haben, waren darum in Gebrauch gekommen, weil in älterer Zeit der reine *Consensualcontract* keine streng bindende Verpflichtung erzeugte.“¹⁾

§ 20.

Meine Behauptung bekommt einen besonderen Halt dadurch, daß uns überliefert ist, schon die zwölf Tafeln hätten für das gewöhnliche *Depositum* eine Klage auf das Doppelte eingeführt. Diese Nachricht findet sich in einer aus *Jul. Paulus* (*lib. II sententiarum receptar.*) entnommenen Stelle der *Moss. et Romm. LL. collatio*²⁾:

Ex causa depositi lege duodecim tabularum in duplum actio datur, Edicto Praetoris in simplum.

Man hat es nicht fassen können, daß der Prätor neben einer

¹⁾ Bekker in der (Heidelberger) Kritischen Zeitschrift Bd. 1 S. 444. Wenn Bekker a. a. O., eben so wie in seiner in der vorigen Note citirten Habilitationsschrift („De emptione venditione“ etc.) sagt, „daß die Klagen, die zur Zeit des Formularprozesses als *bonae fidei iudicia* erscheinen, nie in die *Legisactionen*formen eingekleidet worden“ — eine Behauptung, welcher Dernburg ([Heidelberger] Kritische Zeitschrift Bd. 1 S. 471, Bd. 2 S. 99; Die Compensation nach R. R. Heidelberg 1854 S. 62) seinen Beifall schenkt — so kann ich ihm nicht ganz beistimmen. Die *Consensualcontracte*, welche sammt und sonders *bonae fidei contractus* sind, und darunter der Kauf, waren allerdings von Anfang an nicht klagbar, dagegen waren andere, namentlich auch die *Realcontracte*, welche später als *bonae fidei iudicia* erscheinen, gewiß von den ältesten Zeiten an durch Klagen geschützt. Ueber eine *civile actio depositi* des Zwölfstafelgesetzes z. B. ist oben im Text die Rede und es ist auch nicht zu bezweifeln, daß selbst einige *Consensualcontracte*, z. B. das *pactum fiduciae* (vgl. Cicero de offic. III. 17, 69 u. 70) und die *societas* in allmähligter Entwicklung noch zur Zeit der *Legisactionen* Klagbarkeit erhielten. Vgl. Keller, der Röm. Civilprozeß 1c. 2. Ausgabe. Leipzig 1855 § 7 S. 28 ff. und § 17 S. 67 Note 234. Der Satz, daß alle „*arbitria*“ in dem *Legisactionsprozeß* keinen Platz gefunden hätten, wäre gewiß eben so unrichtig wie der entgegengesetzte, „daß alle jene *arbitria* schon unter den *Legisactionen* geübt worden seien.“

²⁾ X. 7, 11.

noch bestehenden civilen Klage eine prätorische für dasselbe Verhältniß sollte eingeführt haben. Deshalb wurde angenommen, die Klage auf das duplum sei nur für das Depositum durch Mancipation sub pacto fiducia bestimmt gewesen, das einfache Depositum sei in der ältesten Zeit noch gar nicht vorgekommen oder vielmehr nicht klagbar gewesen.¹⁾ Allein schon Rudorff²⁾ hat darauf aufmerksam gemacht, daß jene Ansicht von einer Identificirung zweier Geschäfte ausgeht, welche ihrem juristischen Zweck und Gegenstand nach völlig verschieden sind³⁾: des Depositum und der Treubensfiducia. Der eben citirte Autor hat vollkommen Recht, wenn er sagt⁴⁾: „Das Richtige ist, die Depositalklage der zwölf Tafeln dem Gesetz cum nexum faciet und seiner Inficiationsstrafe nicht unterzuordnen, sondern zu coordiniren. Die Absicht des Gesetzes war, in gewissen besonders bedenklichen Fällen die Verletzung von Treu und Glauben härter zu ahnden. Als solche Fälle betrachtete man von jeher die Abläugnung anvertrauten Guts, die Unterschlagung von Mündelgut u.“ Das Verhältniß der prätorischen actio depositi zu der alten Civilklage mag hier füglich unerörtert bleiben. Wohl aber kann als bewiesen gelten, wie das depositum, seinem natürlichen Begriff nach nur eine Art des Mandats, schon in den ältesten Zeiten als ein klagbarer Vertrag galt, während das Mandatum als bloßer Consensualcontract gewiß erst später die Kraft einer civilis obligatio erhielt.

§ 21.

Es ist nun sehr begreiflich, daß schon in den ältesten Zeiten, wenn die Deposition einer Sache mit einem Auftrag verknüpft war, die actio depositi in ihrer beschränkten Gestalt nicht auf Ausrichtung des Auftrags mitgerichtet werden konnte, daß dagegen

¹⁾ Puchta, Institutionen Bd. 3 (3. Aufl.) § 272 S. 94. R. Sell in den Jahrbüchern für historische und dogmatische Bearbeitung des R. R. von R. Sell und W. Sell. 2. Bd. S. 32 ff.

²⁾ Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft Bd. 14 S. 461.

³⁾ Gaius II. 60 verglichen mit III. 47. Huschte in der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft Bd. 14 S. 229 ff.

⁴⁾ A. a. O. S. 462.

21. die *actio mandati* von Anfang an auch dann Platz griff, wenn mit dem *Mandatum* ein *Depositum* verbunden war. So erklärt sich der Satz: *plenius est mandatum habens et custodiae legem*, während — obgleich mit dem *depositum* auch Nebenbestimmungen verträglich waren — doch nie der umgekehrte Satz: *plenius est depositum habens et mandati legem* anerkannt wurde. Ob aber ein Mandat vorliege *habens custodiae legem*, oder ob ein *Depositum* vorhanden, verknüpft mit einem über die Grenzen der *custodia* hinausgehenden Auftrag, das war danach zu beurtheilen, ob die Intention der Parteien vorzugsweise auf das *Mandatum* oder auf das *Depositum* gerichtet war. Als Regel wird angegeben, daß der Contract, welcher als der früher abgeschlossene erscheine, für den von den Parteien beabsichtigten gelte:

Fr. 1 § 13 *depositi* (16. 3):

ULPIANUS (libro XXX^o ad Edictum)

Idem POMPONIUS quaerit, si tibi mandauero, ut rem ab aliquo meo nomine receptam custodias idque feceris, *mandati an depositi tenearis*? Et magis probat, *mandati esse actionem*, quia hic est primus contractus.

§ 22.

Von dem Satz, daß in dem *Depositum* kein Auftrag mit-
 • enthalten sein könne, wurde anscheinend von alter Zeit an eine Ausnahme gemacht: nämlich rücksichtlich des *Depositum* beim *Sequester*. Wir werden unten sehen, daß diese Deposition ein in uralter Volkssitte festwurzelndes Institut war; immer aber wurde dabei mit dem *Depositum* der Auftrag an den *Sequester* verbunden, zu entscheiden, ob die Bedingung, unter welcher dem Einen oder dem Anderen die Sache zu restituiren, eingetreten sei. So kam dem *Sequester* nach dem Willen der Deponenten überall eine gewisse schiedsrichterliche und entscheidende Gewalt zu, die oft noch dadurch erhöht wurde, daß er geradezu den Auftrag erhielt, zu bestimmen, ob die deponirte Sache dem Einen oder dem Anderen der Deponenten gehöre, und nach Maassgabe seiner Entscheidung dieselbe diesem oder jenem zu restituiren (§§ 31 ff.). Der *Sequester* war somit nicht nur re zur Rückgabe der deponirten Sache

verpflichtet, sondern zufolge der eigenthümlichen Gestalt des Ver- 22.
hältnisses auch dazu, Entscheidung darüber abzugeben, welchem
von beiden Deponenten die Sache restituirt werden müsse.¹⁾ Woll-
ten wir diese zu dem Depositum hinzutretende Verpflichtung uns
abgesondert denken und mit einem neueren Namen belegen, so
müßten wir sie *receptum arbitrii* nennen und wir könnten sagen,
schon seit uralter Zeit habe dem Depositum ein *nudum pactum*,
das *receptum arbitrii*, mit voller Wirkung beigefügt werden kön-
nen. Falsch aber würde es sein, zu behaupten, das bloße formlose
receptum sei schon damals klagbar gewesen.²⁾ Daß es dem De-
positum beigefügt, durch Klage auf indirectem Weg erzwungen
werden konnte, hatte seinen Grund in der besonderen Natur des
contractus depositi und ging so zu. Die Entscheidung des Se-
quester brauchte nicht ausdrücklich durch Worte zu geschehen, oft
lag sie einfach darin, daß derselbe die Sache Einem der Depo-
nenten zurückgab. Von diesen aber konnte Jeder auf die Re-
stitution mit der *actio depositi* bringen. Es lag dann in der
Macht des Sequester, die Klage des Einen zurückzuweisen;
dadurch gab er seine Entscheidung zu Gunsten des Anderen ab
und dieser hatte nun eine wirksame *actio depositi*. Wenn
die Restitution der Sache an den Einen oder Anderen der De-
ponenten von einem äußeren zufälligen Ereigniß abhing, dann
war es allerdings gefährlich, vor Eintritt oder Nichteintritt der
fraglichen Bedingung zu klagen. Denn wenn der Sequester sich
auf die zu früh angestellte Klage einließ, so erfolgte Abweisung
des Klägers, und wenn später die Bedingung zu seinen Gunsten
sich entschied, war sein Klagrecht consumirt. Sobald es aber fest-
stand, daß die Bedingung nunmehr eingetreten oder nicht einge-

¹⁾ Vgl. vorläufig *DIOCL.* und *MAXIM.* in *C. 6 depositi* (4. 34). Vgl. u. § 79.

²⁾ Wie das *receptum arbitrii* einen Auftrag und die Uebernahme desselben voraussetzt, also gewissermaßen unter den natürlichen Begriff des *Mandatum* fällt, ist einleuchtend. Unter den römischen *contractus mandati* aber konnte es nicht subsumirt werden, weil das dem Schiedsrichter übertragene Geschäft kein Rechtsgeschäft der Auftraggeber war, d. h. kein Rechtsgeschäft, das sie möglicher-
weise selbst hätten besorgen können, sondern ein Geschäft, das eine besonders
übertragene Befugniß, die keiner der Parteien selbst zustand, voraussetzte.

22. treten sein müsse, oder wenn die Bedingung in der rechtlichen Entscheidung des Sequester selbst bestand, konnte er zur Abgabe der Letzteren auf dem schon angegebenen Weg gezwungen werden.

§ 23.

So war es in Folge der besonderen Gestaltung des factischen Verhältnisses mit einer einfachen *actio depositi* zu erreichen, daß der Sequester auch die Verpflichtung, welche jener über die bloße *custodia* hinausgehende Auftrag ihm auferlegte, erfüllen mußte. Deshalb ist das, was äußerlich betrachtet und dem Erfolg nach als Abweichung von unserer obigen Regel, wonach in dem Depositum außer dem Auftrag zur *custodia* kein weiterer Auftrag enthalten sein kann, erscheint, juristisch betrachtet, keine eigentliche Ausnahme, da auch hier nur die einfache *actio depositi*, welche auf Rückgabe der zur *custodia* überlieferten Sache geht, angesetzt wird. Wir sind nun aber auch im Stande, die oben angefochtene Behauptung Buchta's zu rectificiren, indem wir anerkennen, daß, sobald der Depositär außer der Verpflichtung zur *custodia* noch weitere Obliegenheiten übernimmt, die nicht mit der *actio depositi* direct oder indirect erzwungen werden können, der Vertrag als *Innominatcontract* oder aber betreffenden Falls als *Mandat* aufzufassen ist.

Daß übrigens gegen den Sequester die einfache *actio depositi* gebraucht wird, bezeugt eine Stelle aus dem 30. Buch von Ulpian's *Edictcommentar*:

Fr. 5 § 1 *depositi* (16. 3):

In *sequestrem depositi actio competit*;

und wenn Pomponius im 22. Buch „Ad Sabinum“ sagt:

Cum *sequestre recte agatur depositi sequestraria actione*¹⁾, so ist die Bezeichnung *sequestraria depositi actio* wohl mehr in Folge eines allgemeinen Sprachgebrauchs gewählt, als deshalb, weil dadurch eine juristische Verschiedenheit angedeutet werden sollte. In der That wird nicht einmal die Klagformel eine außer-

¹⁾ Fr. 12 § 2 *depositi* (16. 3).

liche Abweichung von der gewöhnlichen Formel der *actio depositi* 23. zeigen. Man könnte daran denken, daß in der *demonstratio* die Namen der beiden Deponenten genannt würden, um zu bezeichnen, wie die Sache von Zweien deponirt sei, daß die *intentio* und *condemnatio* aber auf den Namen des Klägers übergeschrieben werde, so daß es die Aufgabe des *iudex* wäre, zu untersuchen, ob aus dem *depositum* der beiden in der *demonstratio* genannten Personen nunmehr der Einen von ihnen (der klagenden) das Rückforderungsrecht zustehe. Allein diese Formel wäre unmöglich. Aus dem *Factum* der Deposition durch A und B bei C entstehen zwei *resolutio* bedingte Obligationen: zwischen A und C und B und C. Der Letztere ist erst verpflichtet, zu restituiren, wenn durch die Defizienz der Bedingung für die eine Obligatio, welche immer mit der Existenz der Bedingung für die andere zusammenfällt, jene erstere zu einer solchen geworden ist, welche nun als vom Moment der Eingehung unbedingt bestehend angenommen wird, während die Letztere *resolvirt* ist und so behandelt werden muß, als habe sie nie bestanden.¹⁾ Die Klage kann also erst angestellt werden, wenn die Obligatio zwischen A und C eine unbedingt geworden ist und die Obligatio zwischen B und C als nicht eingegangen angesehen wird, oder wenn die Obligatio zwischen B und C unbedingt geworden und diejenige zwischen A und C *resolvirt* ist. Die *res de qua agitur* wird nun aber immer nur die unbedingt gewordene Obligatio sein und deshalb darf die *demonstratio*, „*ea pars formulae, quae praecipue ideo inseritur, ut demonstretur res de qua agitur*“²⁾, bloß jene nunmehr unbedingt bestehende Obligatio nennen. Aus diesen Gründen ist die (in *ius concipirte*) Formel der *sequestraria depositi actio* die gewöhnliche Formel der *actio depositi*:

IVDEX ESTO. QVOD A^SA^S. APVT N^MN^M. MENSAM ARGENTEAM
DEPOSUIT, Q. D. R. A., QVIDQVID OB EAM REM N^MN^M. A^OA^O.

¹⁾ Pendente conditione kann natürlich nicht geklagt werden, d. h. während jener Zeit kann sich der Beklagte weigern, den Prozeß anzunehmen. Vgl. Fr. 1 § 22 i. f. *depositi* (16. 3). C. o. § 22.

²⁾ GAIUS III. 40.

23. DARE FACERE OPORTET EX FIDE BONA, EIVS IVDEX N^m N^m. A^o A^o.
CONDEMNATO, NISI RESTITVAT. SI NON PARET, ABSOLVITO.¹⁾

§ 24.

Daraus geht schon hervor, daß der Contract zwischen den Deponenten und dem Sequester nicht anders, als ein gewöhnliches Depositum betrachtet wird.²⁾

Mit der Sequestration kann nun aber auch noch ein weiterer Auftrag an den Sequester verknüpft sein, z. B. der, die hingegebene Sache in Geld umzusetzen und dann die gelöste Summe zu bewahren, bis sie dem Einen oder dem Anderen der Deponenten restituirt werden könne.³⁾ Es wird hier durch eine Handlung ein sich successiv entwickelndes Rechtsgeschäft begründet. Dieß zeigt sich am besten, wenn wir zunächst das Verhältniß, ohne Rücksicht auf die Sequestration zu nehmen, betrachten. A giebt dem B eine Sache mit dem Auftrag, dieselbe zu verkaufen und den gelösten Preis zu bewahren. Da liegt zunächst ein Mandat vor (habens et custodiae legem): die Absicht der Contrahenten ist zwar nicht auf Deposition dieser Sache bei dem Mandatar gerichtet, sondern darauf, daß sie so schnell wie möglich in Geld

¹⁾ GAIUS III. 47.

²⁾ Daß die cum amico contrahirte fiducia zum Behuf der Sequestration angewendet worden sei, wie Huschke in der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft Bd. 14 S. 255 Note 111 behauptet, ist mir nicht wahrscheinlich. Es war kein Bedürfnis vorhanden, das Eigenthum an der zu sequestrirten Sache auf den Sequester zu übertragen und deshalb bei der Sequestration die Freundesfiducia zu benutzen. Ueberdem konnte die fiducia nur durch Mancipation oder in iure cessio eingegangen werden. Mancipiren und in iure cediren aber kann nur der Eigenthümer. Wenn nun A und B die streitige Sache X zum Behuf der Sequestration bei C deponiren wollten, so hätte sowohl A als B die Sache dem C sub pacto fiduciae mancipiren oder in iure cediren müssen. Da aber behauptet war, es sei entweder A oder B Eigenthümer der Sache, so stand von vorne herein fest, daß die Mancipatio resp. in iure cessio des Einen oder Anderen nichtig sei und ich glaube nicht, daß man zwei formelle Rechtshandlungen vornahm, die sich geradezu widersprachen und von denen man wußte, daß eine davon nichtig sein müsse.

³⁾ Vgl. den Fall in Fr. 9 § 3 de dolo (4. 3) und dazu unten § 51.

umgesetzt werden soll, aber der Mandatar muß sie doch bewahren ²⁴. bis zu der Zeit, wo er sie dem Käufer tradiren kann. Sobald der Verkauf erfolgt ist und der Mandatar den Kaufpreis erhalten hat, ist das Eine der aufgetragenen Geschäfte beendet und es könnte — wenn keine andere Bestimmung getroffen wäre — mit der *actio mandati directa* darauf geklagt werden, daß der Mandatar dem Mandanten die fragliche Summe herausgebe. Aber es ist zugleich mit dem ersten Mandat eine zweite *Obligatio* entstanden, bei der es fraglich ist, ob sie *Mandatum* oder *Depositum* sei. Darüber, daß es als Mandat, nicht als *Depositum* aufzufassen, wenn man Jemandem sagt: „bewahre die Summe, welche Du von einem Dritten für mich erhalten wirst“, haben wir die ausdrückliche, von Ulpian gebilligte Entscheidung des Pomponius in Fr. 1 § 13 *depositi* (16. 3).¹⁾ Da nun in unserem Fall B den Auftrag erhielt, den Kaufpreis, welchen er Namens des A vom Käufer empfangen würde, aufzubewahren, so werden wir auf Grund der Entscheidung jenes analogen Falls annehmen müssen, daß gegen ihn nicht die *actio depositi*, sondern die *actio mandati* anzustellen sei: wurde doch das Verhältniß schon durch den gegenseitigen *consensus* der Contrahenten perfect, nicht erst durch Deposition des Gelds, so daß als *contractus primus* das *Mandatum* erscheint, unter dessen Herrschaft dann das ganze Rechtsgeschäft gestellt ist.

Wenn nun aber die Auftraggeber und Deponenten streitende Theile sind — sie sollen mit A und a bezeichnet werden —, welche die Sache X dem B mit dem Auftrag einhändigen, er möge dieselbe verkaufen und den Kaufpreis demjenigen, der zur Zeit des gegebenen Auftrags Eigenthümer war, herausgeben, so ist wieder zuerst das Mandat ertheilt, die Sache zu verkaufen. Diese *Obligatio*, in welcher B als Debitor, A und a als Creditoren stehen, wird, sobald die Absicht der Contrahenten darauf gerichtet ist, als active *Correalobligation* erscheinen.²⁾ Ohne eine solche Bestimmung sind zwei *contractus mandati* vorhanden,

¹⁾ Abgedruckt in § 21 S. 44.

²⁾ Vgl. v. Savigny, *Obligationenrecht* Bd. 1 S. 155.

Muther, *Sequester*.

24. einer zwischen A und B, der andere zwischen a und B. In Beiden ist der Auftrag auf ein und dieselbe Handlung gerichtet und durch die einmalige Vornahme der Handlung gehen beide Obligationen unter. Aber es ist deshalb bei der Klage des A gegen B nicht eadem res, wie bei der Klage des a gegen B. Das Interesse, welches A daran hat, daß B die fragliche Handlung vornehme, ist ein ganz anderes als dasjenige des a an jener Handlung. Das

QVİDQVİD N^MN^M. A^OA^O. DARE FACERE OPORTET

wird sich daher in beiden Klagen ganz verschieden herausstellen und es kann somit von eigentlicher Correalität durchaus nicht die Rede sein. Jedenfalls aber entstehen nicht mehrere bedingte Obligationen, sondern eine oder mehrere unbedingte, welche untergehen, sobald der Verkauf der Sache von B in der vorgeschriebenen Weise geschehen ist.¹⁾ Mit der actio mandati also konnte bis dahin B gezwungen werden, die Sache zu verkaufen und in Geld darzustellen. Sobald jedoch B den Verkauf besorgt und den Preis empfangen hat, ist jenes erste Mandat erfüllt. Zu gleicher Zeit beginnt die zweite schon eingegangene Obligatio zu wirken, indem B sich verpflichtet hat, den Kaufpreis in seinem Gewahrsam zu behalten und je nach dem Eintritt oder Nichteintritt einer Bedingung dem A oder dem a zu restituiren. Hier ist es nun kein Zweifel, daß der Absicht der Parteien gemäß zwei Obligationen vorliegen, und zwar zwei resolutiv bedingte Obligationen, welche in dem Verhältniß stehen, daß wenn die Bedingung der einen existirt, die der anderen deficirt und umgekehrt. Die beiden Obligationen sind als Mandate aufzufassen, denn auch sie wurden nicht erst durch die Deposition des Kaufpreises perfect, sondern sind als durch den bloßen consensus der Parteien abgeschlossen anzusehen. Nichtsdestoweniger liegt der Fall einer Sequestration vor und wir entnehmen, daß die Hand- und Lehrbücher nicht

¹⁾ Die actio mandati contraria kann in solchem Fall gegen jeden der Mandanten in solidum angestellt werden. Allein die Mandanten haften hier nicht nach Art eigentlicher correi, sondern jeder Einzelne aus seiner besonderen Obligation. Vgl. Fr. 52 § 3 de fideiussorib. (46. 1) und dazu Ribbentrop, Zur Lehre von den Correalobl. Göttingen 1831 S. 90 Not. 1.

Unrecht haben, wenn sie behaupten, daß der Contract mit dem 21. Sequester zwar regelmäßig depositum sei, daß er aber auch Mandat oder locatio-conductio sein könne.¹⁾ Doch versteht es sich, daß auch in solchen Fällen überall der Sequester eine oder mehrere Sachen zur Aufbewahrung und Zurückgabe erhalten haben muß. Es kann daher ebensogut wie die actio depositi im Fall der Sequestration actio depositi sequestraria heißt, eine actio mandati sequestraria und eine actio locati sequestraria vorkommen. Dieß ist aber jedenfalls erst das Product späterer Entwicklung, denn so lange die Consensualcontracte noch nicht klagbar waren, konnte gewiß die Sequestration nur in Form des Depositum geschehen, d. h. es konnten die Contracte nicht durch bloßen consensus der Parteien abgeschlossen werden, sondern es war zur Perfection derselben Hingabe der Sache an den Sequester nötig.

§ 25.

Als Resultat der bisherigen Untersuchung läßt sich Folgendes angeben.

Das Depositum ist seit uralter Zeit klagbar. Dem Depositum aber konnte von jeher eine Nebenverabredung, wonach der Depositär sich über die custodia hinaus zur Abgabe einer Entscheidung verpflichtete (das receptum arbitrii von Seiten des Depositärs), beigefügt und auf indirectem Weg erzwungen werden. Als später die Consensualcontracte klagbar wurden, konnte auch zu dem (mit Deposition verbundenen) Mandat oder zu der Miethe auf ähnliche Weise ein solches receptum hinzutreten, welches ebenfalls auf indirectem Weg erzwingbar war, so daß dann im klassischen Recht die Sequestration in Form verschiedener Contracte erscheinen kann. Ueberall aber gilt den Römischen Juristen das ursprüngliche Verhältniß, die Sequestration durch Deposition — welche übrigens

¹⁾ v. Wening-Ingenheim, Lehrbuch des gem. Civilrechts I § 65 Not. y. Mühlenthal, Pandekten § 387. Puchta, Pandekten § 322. Arndts, Pandekten § 287. Glük, Pandekten-Commentar, Bd. 15 S. 235 ff. und die dort Citirten. Ein Beispiel von Sequestration, wo der Contract zwischen den Parteien und dem Sequester locatio-conductio wäre, finde ich in den Quellen nicht. Doch ist die Möglichkeit eben so wenig zu bezweifeln, wie beim Mandatum.

25. auch die im Leben am häufigsten vorkommende sein mochte — als Prototyp und Urbild des ganzen Instituts.

§ 26.

Ist der einer Sequestration zu Grund liegende Contract Depositum, so wird das Verhältniß als Realcontract perfect durch Hingabe der Sache an den Sequester; ist er ein Consensualcontract, so tritt die Perfection schon mit dem gegenseitigen Consensus ein. Das Eigenthum an der Sache aber geht überall nicht auf den Sequester über. Dieß ergibt sich schon aus den obigen Ausführungen, wird aber auch von den Pandektenjuristen besonders ausgesprochen.¹⁾ Wie es mit dem Besitz des Sequester steht, darüber kann erst unten gehandelt werden.²⁾

Nach der Natur des zwischen den sequestrirenden Personen und dem Sequester bestehenden Contracts sind auch die Verbindlichkeiten des Sequester verschieden. Ueberall ist er verpflichtet, die Sache in seinem Gewahrsam zu lassen und zurückzugeben. Je nachdem aber Depositum oder Mandat vorliegt, wird er bloß dolus und culpa lata oder omnem culpam zu prästiren haben. Dieß bezieht sich jedoch nicht auf die Verbindlichkeiten, welche dadurch entstehen, daß er sich in seiner Stellung als Schiedsrichter Fehler zu Schulden kommen läßt, wodurch eine Partei mehr oder minder geschädigt wird. In dieser Beziehung sind wohl die Sätze, welche über derartige Fehler des iudex gelten, anzuwenden, da ja überhaupt, so weit es angeht, die für diesen aufgestellten Regeln auch auf den compromissarischen arbiter übertragen werden.³⁾ Somit galt auch vom Sequester das *litem suam facere* und es konnte — wenigstens nach der späteren Auffassung — der in seiner Entscheidung oder sonst wie durch Nichtbeobachtung der Gesetze u. fehlende Sequester einer dadurch geschädigten Partei *ex bono et aequo* zur Schadloshaltung verurteilt werden, wobei es nicht

¹⁾ FLORENTINUS Fr. 17 § 1 depositi (16. 3).

²⁾ 1. Buch 3. Kapitel §§ 85 ff.

³⁾ ULPIAN. Fr. 1. Fr. 3 § 1. CALLISTRATUS Fr. 41 (44) de receptis (4. 5).
Vgl. auch unten § 37 S. 79.

darauf ankam, ob er dolos oder culpos gehandelt hatte, indem 26. er quasi ex delicto haftend angesehen wurde.¹⁾

Im Einzelnen konnte durch besondere Verabredung zwischen den Parteien und dem Sequester noch Manches bestimmt sein, namentlich auch die Haftung für culpa levis, wo diese nicht schon von selbst zu prästiren war, oder sogar für omne periculum 2c.²⁾

Die Erfüllung dieser sämtlichen Verbindlichkeiten, mit Ausnahme der Verbindlichkeit rücksichtlich der Schädigung einer Partei durch ungerechte Entscheidung 2c. des Sequester — kann mit der sequestraria depositi (mandati etc.) actio erzwungen werden.

Die Verpflichtungen der sequestrierenden Personen sind ebenfalls verschieden, je nachdem das Verhältniß als Depositum, Mandat 2c. erscheint. Liegt einfaches Depositum oder Mandat vor, so steht dem Sequester die actio sequestraria depositi resp. mandati contraria zu; ist es Miethe, die in Betracht kommt, so greifen die Klagen aus diesem Contract Platz.³⁾

§ 27.

Ich kann nunmehr darauf übergehen, einige Stellen genauer zu betrachten, welche von der actio sequestraria depositi handeln, aber auch lehrreich sind für das Verhältniß der Sequestranten zu dem Sequester überhaupt.

Fr. 12 § 2 depositi (16. 3):

ULPIANUS (libro XXX^o ad Edictum)

Cum sequestre recte agetur depositi sequestraria actione, quam et in heredem eius reddi oportet.⁴⁾

Bei dieser Stelle ist auffallend, daß ausdrücklich erwähnt wird,

¹⁾ Pr. I. de obligationib. quasi ex delict. (4. 5). Vgl. THEOPHILUS ad h. pr. und dazu KELLER, Röm. Civilproz. § 86 S. 386.

²⁾ Fr. 1 §§ 6. 35 depositi (16. 3).

³⁾ Vgl. GLÜCK, Pandekten-Commentar Bd. 15 S. 238. Eine actio praescriptis uerbis sequestraria, welche GLÜCK annimmt, gab es nicht. Vielmehr wird die actio praescriptis uerbis in dem von GLÜCK citirten Fr. 9 § 3 de dolo der actio (mandati) sequestraria gegenüber gestellt. Vgl. § 51.

⁴⁾ Die Basiliken XIII. 2, 12 (HEIMB. t. 2 p. 46) haben: Καὶ ὁ κληρονόμος τοῦ μεσεγγνητοῦ ἐνάγεται.

27. die *depositi sequestraria actio* werde auch gegen die Erben des Sequester gegeben. Da es unzweifelhaft ist, daß die *depositi actio directa* gegen die Erben angestellt werden kann, warum wird mit Nachdruck gesagt, auch die *depositi actio* bei der Sequestration gehe gegen die Erben? Und in der That diese Bemerkung ist nicht so unnütz und faul, wie es den Anschein hat. Der Sequester übernimmt, wie wir oben sahen, immer die Verbindlichkeit, eine gewisse Entscheidung abzugeben; erst nach oder mit dieser ist er gehalten, die fragliche Sache zu restituiren. Nun stirbt der Sequester entweder vor jener Entscheidung, oder nachher. Ist das Letztere der Fall, so ist die *Obligatio* zwischen dem Obfliegenden und dem Sequester zur unbedingten geworden und es ist kein Zweifel, daß, wenn die Restitution der Sache noch nicht geschehen, die *actio depositi* gegen seinen Erben angestellt werden kann. Dieß ist an und für sich klar und es bedurfte deshalb keiner besonderen Bemerkung Ulpian's. Anders freilich in dem ersten der erwähnten Fälle, wo der Sequester starb, ohne daß die Entscheidung erfolgt war. Sicher gehen da die beiden *resolutiv* bedingten Obligationen passiv auf die Erben des Sequester über; die den Obligationen beigefügte Bedingung kann dann existent werden resp. deficiren und danach die eine *Obligatio* *resolvirt*, die andere unbedingt werden. Doch erleidet dieß eine Ausnahme, wo die Bedingung in den Ausspruch des Sequester über das Recht oder Unrecht der deponirenden Personen gelegt war, denn hier kann von einem Eintritt oder einer Defizienz der Bedingung erst dann die Rede sein, wenn der Sequester seine Entscheidung abgibt. In allen Fällen aber ist neben den beiden bedingten *contractus depositi* die Verbindlichkeit des Sequester vorhanden, darüber zu entscheiden, wo die Bedingung existirt, wo deficirt habe, bezüglich durch seinen Ausspruch den Eintritt und die Defizienz der Bedingungen herbeizuführen. Diese Verpflichtung erscheint, wie schon erwähnt, als ein — freilich nicht immer ausdrücklich abgeschlossenes, aber in den Verhältnissen selbst liegendes — *receptum arbitrii*. Nun gilt die Regel: das *receptum arbitrii* und das *compromissum* erlischt — ebenso wie das Mandat durch den Tod des Mandatars — durch den Tod des ar-

biter.¹⁾ Da hätte man denn auch auf den Gedanken verfallen 27. können, daß durch den Tod des Sequester die Verbindlichkeit, die Entscheidung zu geben, untergegangen sei. Dieß würde dazu geführt haben, daß auch nach eingetretener, bezüglich deficirter Bedingung der Erbe des Sequester der Klage aus dem unbedingt gewordenen Contract den Einwand hätte entgegenstellen können: er dürfe bloß dem obsiegenden Theil die Sache herausgeben, doch sei er nicht verbunden und befugt, zu entscheiden und anzuerkennen, welcher von beiden Theilen der obsiegende sei; oder aber, daß überhaupt der Erbe durch seine Weigerung, den Schiedsspruch zu fällen, den Zustand der Bedingtheit für beide Obligationen perpetuirt hätte. Hier wie dort würde den Deponenten die Verfolgung ihres Rechts erschwert oder ganz und gar vereitelt worden sein. — Derartigen Argumentationen will Pomponius durch die Bemerkung begegnen, daß die *sequestraria actio* auch gegen den Erben des Sequester zugelassen wird. Und es ist ja auch hier das *receptum* nicht als außerhalb der Hauptcontracte stehend zu betrachten, sondern als durch die eigenthümliche Stellung derselben zu einander und das factische Verhältniß gegeben in dem Hauptcontract selbst liegend, so daß es, wie wir oben sahen, nicht durch eine besondere Klage, sondern nur durch die Klage eben aus dem Hauptcontract geltend gemacht werden kann. Wenn man daher den passiven Uebergang der *resolutiv*-bedingten Contracte auf den Erben des Sequester zu läugnen nicht im Stande ist, muß man auch den Mitübergang des in denselben enthaltenen *receptum* zugeben. Freilich können Fälle kommen, wo es als unbillig oder unmöglich erscheint, den Erben zur Fällung des Schiedsspruchs anzuhalten. Da kann aber durch ein anderes Mittel, welches wir gleich kennen lernen werden, geholfen werden.

§ 28.

Es ist in dieser Beziehung merkwürdig eine Stelle aus dem 30. Buch des Ulpian'schen Commentars zum Edict.

¹⁾ PAULLUS FR. 32 § 3 POMPONIUS FR. 40 ULPIAN. 45 de receptis (4. 8). Buchta, Pandecten § 296. Arndts, Pandecten § 270 Not. 4 sub e.

28. Fr. 5 § 2 depositi (16. 3):

Si uelit sequester officium deponere, quid ei faciendum sit? Et ait POMPONIUS, adire eum Praetorem oportere, et ex eius auctoritate denunciatione facta his, qui eum elegerant, ei rem restituendam, qui praesens fuerit. Sed hoc non semper uerum puto: nam plerumque non est permittendum, officium, quod semel suscepit, contra legem depositionis deponere, nisi iustissima causa interueniente; et cum permittitur, raro ei res restituenda est, qui uenit, sed oportet eam arbitratu iudicis apud aedem aliquam deponi.¹⁾

Der Depositär ist an sich nicht verpflichtet, die ihm anvertraute Sache längere Zeit zu bewahren. Er kann dieselbe, wenn nichts Besonderes ausgemacht ist, sobald er will, zurückgeben — natürlich nur nicht importuno tempore et loco — und damit seine Verbindlichkeit lösen. Anders wenn er sich verpflichtet hat, bis zu einem gewissen Zeitpunkt die Sache zu behalten. Dieser dient dem Creditor und der Depositär kann erst nach Ablauf der Zeit sich von dem Depositum befreien. Im Fall der Sequestration nun ist es einleuchtend, daß der Sequester die Verpflichtung übernommen hat, die fragliche Sache bis nach dem Eintritt resp. Nichteintritt der Bedingung zu bewahren. Es geht bezüglich des ganzen Verhältnisses die Bestimmung, welche bei jedem einzelnen der beiden vorliegenden Contracte als wirkliche Bedingung erscheint, in einen dies certus an incertus quando oder vielleicht auch in einen dies certus an certus quando über, da die Bedingungen der beiden Contracte so gestellt sind, daß, wenn diejenige des einen existirt, gleichzeitig die des anderen notwendig deficiert und umgekehrt. Daß vor dem Eintritt dieses dies der Sequester die Sache nicht restituiren darf, liegt in der Natur der Sache. Eher ist es auffallend, daß Pomponius der Ansicht

¹⁾ Die nicht wegen des Inhalts obiger Stelle, sondern wegen einzelner Ausdrücke in derselben erhobene Behauptung des ANTON. FABER, Rationalia in Pand. ad h. L., wonach der ganze § 2 des Fr. 5 depositi ein Einschleissel der Compilatoren sein soll, ist schon von ULRIC. HUBER, Eunomia Romana. Franeq. 1700 p. 591 vollständig widerlegt.

sein konnte: si uelit sequester officium deponere — — adire 28. eum Praetorem oportere et ex eius auctoritate denunciatione facta his, qui eum elegerant. ei rem restituendam, qui praesens fuerit etc. Gewiß galt zur Zeit des Pomponius nicht ein Gleiches von dem einfachen Depositum mit einer Zeitbestimmung. Das Depositum ist ein Institut, welches zum Nutzen des Depo-
 nenten eingeführt ist: es hieße aber wenig auf den Vortheil des-
 selben sehen, wenn festgesetzt wäre, daß der Depositär von der
 eingegangenen Verpflichtung, die Sache bis zu einer gewissen Zeit
 zu bewahren, sich wider den Willen des Mitcontrahenten lösen
 könne. Die Ansicht des Pomponius über die Aufkündigung
 von Seiten des Sequester muß also doch wohl einen besonderen
 Grund gehabt haben. Dieser zeigt sich, wenn wir uns erinnern,
 worin das officium des Sequester besteht. Nach den obigen Aus-
 führungen hat derselbe zweierlei zu thun: 1. die Sache zu bewah-
 ren; 2. eine Entscheidung abzugeben. Die letztere Verbindlich-
 keit haben wir schon mehrfach als eine Art von receptum ar-
 bitrii bezeichnet. Nun ist von jeher der Satz anerkannt worden,
 daß der arbiter von der einmal übernommenen Verpflichtung,
 seinen Ausspruch zu thun, unter gewissen Bedingungen befreit
 werden könne. Man scheint es damit in älteren Zeiten leicht-
 ter genommen zu haben, wie später. Ulpian berichtet über eine
 Ansicht des Julian,¹⁾ wonach der Prätor den von den Par-
 teien injuriirten Arbiter non omnimodo von seiner Verbindlichkeit
 lossprechen solle, sondern erst causa cognita. Das non omni-
 modo zeigt an, daß es eine andere Ansicht gab, wonach der
 Prätor in solchem Falle omnimodo und ohne vorgängige
 causae cognitio, also auf das bloß einseitige Vorbringen und
 die Bitte des Arbiter, denselben befreien konnte. Pompo-
 nius, ein etwas jüngerer Zeitgenosse von Julian, scheint der
 letzteren Ansicht gewesen zu sein und dieselbe auf die Se-
 questration in folgender Weise übertragen zu haben: Der Se-

¹⁾ Fr. 9 § 4 de receptis (4. 8): IULIANUS ait, si eum (d. i. den arbiter) infamauerunt litigatores, non omnimodo Praetorem debere eum excusare, sed causa cognita.

28. quester konnte sich von dem Prätor auf einseitiges Vorbringen von der Verpflichtung, eine Entscheidung zu geben, lossprechen lassen, er mußte aber hierauf, sich auf die Befreiung durch den Prätor stützend, das Depositum den Parteien aufkündigen (*ex Praetoris auctoritate denunciatione facta*) und dieselben auffordern, ihre Sache zurückzunehmen. Wenn nun zu der von dem Sequester zur Zurückgabe bestimmten Zeit nur der Eine der DepONENTEN erschien, nicht auch der Andere, so war der Sequester befugt, die Sache dem Anwesenden zu restituiren, wodurch auch seine Verbindlichkeit aus dem Depositum gelöst wurde.

Diese Ansicht würde schon Julian nicht gebilligt haben: gewiß hätte er mindestens *cognitio* des Prätor über die von dem Sequester als Grund seines Rücktritts vorgebrachte *causa* gefordert. Ulpian aber theilt die Ansicht des Julian — wie sich schon aus Fr. 9 § 4 *de receptis* (4. 8) ergibt —, und deshalb sagt er, die Behauptung des Pomponius richtig in ihre zwei Theile zerlegend: 1. Was die durch den Prätor zu erlangende Befreiung des Sequester von der Verpflichtung, die Entscheidung abzugeben, betrifft, so kann nur in Ausnahmefällen der Meinung des Pomponius gefolgt werden. Regelmäßig darf vielmehr der Prätor diese Befreiung nicht ertheilen, außer wenn ein rechtlicher Grund derselben eingetreten ist. Dieß setzt natürlich voraus, daß der Prätor sich von der Existenz des durch den Sequester angeführten Grundes mittelst *causae cognitio* überzeugt hat. Als „*iustissima causa*“ aber gilt jedenfalls nur eine solche, welche überhaupt zur Excusation eines Arbiters dienen kann.¹⁾ Fragen wir noch, welche Ausnahmefälle sind es, in denen nach Ulpian's Ansicht die Meinung des Pomponius Geltung haben soll, so daß auch ohne *causae cognitio* durch den Prätor Befreiung von der übernommenen Verpflichtung, die Entscheidung zu geben, eintreten kann, so liegt es nahe, an den Fall zu denken, wo der Sequester, ohne den Spruch gethan zu haben, stirbt und Erben hinterläßt, die entweder noch unfähig oder doch nicht ge-

¹⁾ Vgl. Fr. 9 §§ 4. 5 Fr. 10. Fr. 11 pr. Fr. 15 Fr. 16 Fr. 17 pr. Fr. 32 §§ 4. 5 *de receptis* (4. 8).

neigt sind, das von ihrem Erblasser übernommene officium aus- 28.
zuführen. Dadurch wird das Bedenken beseitigt, welches uns
oben bei Erklärung des Fr. 12 § 2 depositi (16. 3) aufgestiegen
ist und wir sehen, daß die Römer einen Weg gefunden haben,
dem natürlichen Satz, daß die Uebernahme der Verpflichtung, einen
Schiedsspruch zu geben, nur eine höchst persönliche Verpflichtung
erzeugt, Rechnung zu tragen, ohne das Institut der Sequestration
in seinen Grundvesten zu erschüttern und zu einem gefährlichen,
unhaltbaren zu machen.

Aber, fährt Ulpian fort, was 2. den anderen Theil der
Ansicht des Pomponius betrifft, daß nämlich der Sequester die
bei ihm deponirte Sache auch nur Einem der Deponenten — wenn
der Andere nicht erscheint — restituiren könne, so ist dieß ebenfalls
unrichtig: denn nur selten darf der durch den Prätor von seiner
Verbindlichkeit Befreite dem Einen der Deponenten, welcher erschie-
nen ist, restituiren (wahrscheinlich nur wenn der Erscheinende auch
von dem Richtershienenen beauftragt war, die Sache sich auslie-
fern zu lassen, oder wenn die Parteien sich verglichen hatten u.);
vielmehr ist, wenn nicht beide Deponenten kamen, um die an-
vertraute Sache zurückzuempfangen, dieselbe arbitratu iudicis, d. h.
hier nach Gutdünken des Prätors¹⁾ in einer aedes zu deponi-
ren. Diese Deposition geschah so, daß der aedituus die Sache
nur beiden Deponenten zusammen herausgeben durfte, keineswegs
trat derselbe ohne Weiteres an die Stelle des Sequester bezüglich
der Verbindlichkeit zur Entscheidung. Doch ist auch das Recht
oder sogar die Verpflichtung der Deponenten, die Sache, wenn
sie dieselbe, sei es von dem bisherigen Sequester direct, sei es von
dem aedituus, zurück erhalten haben, von Neuem einem Sequester
zu übergeben, nicht abzuläugnen. Ueber die depositio in aede
überhaupt zu sprechen, würde an dieser Stelle meine Darstellung
unterbrechen, deshalb habe ich es vorgezogen, unten in der Bei-
lage I eine eigene Ausführung darüber zu geben.

¹⁾ Vgl. ULRIC. HUBER a. a. O. p. 591 u. 592.

§ 29.

29. Regelmäßig aber wird die Lösung des Verhältnisses zwischen den Deponenten und dem Sequester nicht auf dem Weg der eben näher geschilderten Befreiung durch den Prätor erfolgen, sondern erst dann geschehen, wenn der Sequester seine Entscheidung gefaßt und kundgegeben, sowie die Sache Einer der Parteien zurückerstattet hat. Die Rückgabe muß nach den über die Restitution eines Depositem im Allgemeinen festgesetzten Regeln geschehen. Auch rücksichtlich des Orts derselben gelten die gewöhnlichen Normen.¹⁾

In dieser Beziehung steht nicht entgegen:

Fr. 5 § 1 depositi (16. 3):

ULPIANUS (libro XXX^o ad Edictum)

In sequestrem depositi actio competit. Si tamen cum sequestre conuenit, ut certo loco rem depositam exhiberet, nec ibi exhibeat, teneri eum palam est. Quodsi de pluribus locis conuenit, in arbitrio eius est, quo loci²⁾ exhibeat; sed si nihil conuenit, denuntiandum est ei, ut apud Praetorem exhibeat.

Diese Stelle handelt nicht von der Restitution der streitigen Sache, sondern von einer Exhibition derselben. Der Sinn aber ist folgender. Gegen den Sequester findet die actio depositi statt, diese geht nur auf Restitution. Wie aber, wenn mit dem Sequester ausgemacht ist, er solle die streitige Sache exhibiren? Kann er dazu auch gezwungen werden?³⁾ Ulpian antwortet, wie natürlich: Ja er kann zur Exhibition angehalten werden und zwar, wenn ein bestimmter Ort verabredet ist, muß er an diesem exhibiren; sind mehrere Orte verabredet, so kann er darunter wählen, ist aber kein Ort bestimmt, so ist er gehalten, nach vorgängiger Anzeige bei dem Prätor zu exhibiren. Das Ganze bezieht sich auf eine sehr merkwürdige und, wie es scheint, häufig an-

¹⁾ POMPONIUS Fr. 12 § 1 depositi (16. 3).

²⁾ Die Mss. Bamberg. D II 1 und D I 6 haben anstatt quo loci: quo loco.

³⁾ Daß der Satz so aufzufassen ist, zeigt sich deutlich in dem „si tamen“, womit ein Gegensatz eingeleitet wird. Ich habe es deshalb auch für notwendig gehalten, die gewöhnliche Interpunction der Stelle zu ändern.

gewendete Art der Sequestration, von der wir unten sprechen 29. werden.¹⁾ Jedenfalls aber wird die Exhibition nicht mit der actio depositi erzwungen, sondern mit der actio ad exhibendum, und zwar kann diese jeder der Deponenten auf das Interesse, welches er an der Exhibition hat, anstellen. Der Exhibition muß aber freilich die Restitution an den obliegenden Theil nachfolgen, denn ohne diese würde die Verpflichtung des Sequester aus dem Depositum nicht gehörig gelöst.

¹⁾ C. §§ 43 ff., namentlich § 46.

Zweites Kapitel.

Veranlassung zur Sequestration und das Verhältniß der Deponenten zu einander.

I. Uebersicht.

§ 30.

30. Die Sequestration ist ein Rechtsgeschäft zwischen den Sequesteranten auf einer und dem Sequester auf der anderen Seite. Wenn dasselbe auch, wie wir gesehen, von Anfang an aus mehreren resolutiv-bedingten Obligationen zwischen den Deponenten und dem Sequester besteht, so befinden sich doch diese Obligationen in einem engen gegenseitigen Verhältniß, welches notwendig die Uebereinstimmung des Willens derjenigen Personen, welche Creditoren in denselben sind, voraussetzt. Daraus folgt, daß die Letzteren in einer besonderen rechtlichen Beziehung zu einander stehen, welche sich als Vertrag darstellt. Wir fragen: Was hat dieser Vertrag für eine Veranlassung, was für einen Zweck? Die erstere anbelangend ist uns überliefert¹⁾, wie sie häufig darin lag, daß eine Sache streitig geworden war. Dann kamen die streitenden Theile überein (ob aus eigenem Antrieb, ob auf Befehl des Richters, ist für jetzt gleichgültig), dieselbe zu sequestriren, und der Zweck war, 1. den augenblicklichen Streit um den Besitz der Sache zu beenden resp. zu umgehen, und 2. dem dereinst ob-

¹⁾ Fr. 110 d. V. S. (50. 16). Fr. 17 depositi (16. 3).

stehenden Theil die Realisirung seines Rechts zu sichern. Somit 30. fällt der Vertrag zwischen den Parteien unter den Begriff der Caution und die Sequestration selbst stellt sich dar als Cautionsmittel. Daneben giebt es Fälle, wo das gegenwärtige Recht der Deponenten an der betreffenden Sache nicht streitig, das zukünftige rechtliche Schicksal derselben aber noch ungewiß ist. Z. B. zwei Personen sind Miteigenthümer einer Sache, welche der überlebenden von ihnen ganz zukommen soll. Hier geschieht die Sequestration ebenfalls, um den noch ungewissen zukünftig eintretenden Rechtszustand zu sichern, der Vertrag zwischen den Deponenten ist daher gewissermaßen wieder Caution, doch nicht in dem strengen Sinn wie oben. Während dort die Deponenten, um ihren Streit über den Besitz zu beenden, denselben interimistisch aufgeben und auf einen Dritten übertragen mußten, so daß durch die Bestellung der Caution eine wirkliche Veränderung des Besitzstands eintrat, darf in dem jetzigen Fall der gegenwärtige Besitz nicht geändert werden, weil dadurch ein unzweifelhaft feststehendes Recht gekränkt werden würde, um ein mögliches zukünftiges zu sichern. Rücksichtlich des rechtlichen Verhältnisses der Deponenten zur Sache sowie des Besitzstands bleibt daher hier trotz der Sequestration das alte Verhältniß. Die Sicherheitsbestellung ist mehr factischer Natur und geschieht dadurch, daß überhaupt für die unveränderte Fortexistenz der Sache bis zu dem Zeitpunkt, wo ein anderer noch ungewisser rechtlicher Zustand eintritt, gesorgt wird.

So sind die Fälle, wo die Veranlassung zur Sequestration in einem Streit über das Recht an der fraglichen Sache lag, von vorne herein von denjenigen zu sondern, wo die Sequestration einen anderen Grund hatte. Die Fälle der ersten Art trennen sich wieder, je nachdem die Entscheidung des Rechtsstreits dem Sequester selbst als Schiedsrichter übergeben ist, oder im Weg förmlichen Prozesses erfolgen soll. In letzterem Fall dient die Sequestration entweder dazu, das prozessualische Verfahren vorzubereiten und einzuleiten, oder aber sie tritt in einem schon anhängigen Prozeß geradezu an die Stelle bestimmter prozessualischer Cautionen, welche auf Befehl des Richters bestellt zu werden pflegen.

II. Einzelne Fälle.

1. Sequestration einer streitigen Sache.

A. Der Sequester als Schiedsrichter.

§ 31.

31. Am einfachsten gestaltet sich die Sequestration, wo zwei Personen die streitige Sache einem Dritten übergeben, damit sie dieser derjenigen von ihnen restituire, welche er für die berechnigte hält.¹⁾ Hier ist der Sequester zugleich Schiedsmann, die Deponenten sind streitende Theile, welche einen Vertrag abgeschlossen haben: 1. Mit Umgehung des Magistrats die Entscheidung ihres Streits dem Sequester als selbstgewählten Schiedsrichter zu übertragen; 2. den Streitgegenstand bei dem Sequester zu deponiren und zwar so, daß derselbe dem siegenden Theil ausgeantwortet werde. Der erste Vertrag ist offenbar ein *compromissum*. Nun ist es eine bekannte Sache, daß nach älterem Röm. Recht zum Abschluß eines wirklichen *compromissum* nicht ein *nudum pactum* genügte, sondern daß entweder gegenseitige *Pönalstipulationen* hinzukommen mußten, oder directes *Stipulationsversprechen* der Anerkennung des *arbitrium* ohne *Conventionalstrafe*, welches eine *actio ex stipulatu* auf das Interesse begründete.²⁾ Ein *compromissum nudo pacto* konnte nur ausnahmsweise die Wirkung haben, daß der gefällte Schiedsspruch eine *Exception* erzeugte, z. B. dann, wenn beide Theile ein beiderseitiges bedingtes *pactum de non petendo* geschlossen hatten für Hin- und Herforderungen, die zwischen ihnen bestanden.³⁾ Außerdem aber wurde dem *compromissum nudo pacto* vollständige Wirksamkeit gesichert durch *Deposition* des Streitgegenstands oder

¹⁾ Das Verhältniß konnte auch so geordnet sein, daß der Schiedsrichter und der Sequester verschiedene Personen waren. Das änderte in der ganzen rechtlichen Sachlage wenig, und deshalb halte ich es nicht für nötig, diesen Fall als einen besonderen zu betrachten.

²⁾ Arndts, Pandekten § 270. Vgl. unten § 37 a. G. S. 79.

³⁾ Ulpian. Fr. 11 § 3 de receptis (4. 8).

des Gegenstands der ausgemachten Strafe mit der Bestimmung, 31. daß derselbe dem Sieger eingehändigt werde. Dieß ist deutlich ausgesprochen von Ulpian

Fr. 11 § 2 de receptis (4. 8):

Quod ait Praetor PECUNIAM COMPROMISSAM, accipere nos debere non¹⁾ si utrimque poena nummaria, sed si et alia res uice poenae, si quis arbitri sententia non steterit, promissa sit; et ita POMPONIUS scribit. Quid ergo, si res apud arbitrum depositae sunt eo pacto, ut ei daret, qui uicerit, uel ut eam rem daret, si non pareatur sententiae, an cogendus sit sententiam dicere? et puto cogendum, tantundem, et si quantitas certa ad hoc apud eum deponatur. Proinde et si alter rem, alter pecuniam stipulanti promiserit, plenum compromissum est, et cogetur sententiam dicere.

Daß in dem Fall, wo die res apud arbitrum deposita est eo pacto, ut ei daret, qui uicerit, eine Sequestration vorliegt, ist nach dem Obigen einleuchtend. Mir ist es sogar wahrscheinlich, daß Ulpian geschrieben hatte: „Quid ergo, si res apud sequestrem depositae sunt“ und daß erst die Compileren in bekanntem Verbesserungszeifer, weil zu ihrer Zeit der Sequester als eigentlicher Schiedsrichter Antiquität geworden war, anstatt des „sequestrem“ eingesetzt haben: „arbitrum.“ Dem sei aber, wie ihm wolle: der Sinn der Stelle ist durch das „arbitrum“ nicht verändert worden und so giebt dieselbe noch ein gutes Zeugniß für ein im Römischen Verkehr viel angewendetes, auf uralter Rechtsitte ruhendes Institut.

Wie aber war die Deposition des Streitgegenstands bei dem Arbitr juristisch aufzufassen? Um dieß zu erkennen, müssen wir etwas weiter ausholen.

¹⁾ Hinter non haben Vulgathff. tantum. Allein das ist offenbar ein späteres Einschleusen der Abschreiber oder Interpreten. Uebrigens würde der Sinn dadurch nicht geändert, denn non si etc. steht hier, wie auch sonst häufig, für non tantum si, non modo si. Vgl. NOODT ad Tit. D. III. 8 (Opp. Ed. Col. Agripp. a. 1732 Tom. II p. 111) und vor Allen SCHULTING-SMALLenburg Notae ad Dig. Tom. I p. 95 (ad Fr. 17 de legib. [1. 3]) mit zahlreichen Citaten.

Arbiter, Sequester.

§ 32.

32. Schon oben geschah der Römischen Sitte Erwähnung, bei außergerichtlichen Wetten den Wettpreis bei einem Dritten, der auch über den Ausfall der Wette entscheiden sollte, zu deponiren. Ein solcher Depositar hieß im Volksmund *sculna*, in der edleren Sprache *sequester*. Es genügte dabei eine *pactio* anstatt der *sponsio*¹⁾, obwohl auch zu einer wirklichen *sponsio* das Einsetzen des Wettpreises durch Deposition bei dem Sequester hinzutreten konnte.²⁾ Jedenfalls wurde das Niederlegen der Wettsumme als Einsetz eines Pfandes (*positum pignus*) für die vorhergegangene *pactio* oder *sponsio* der Parteien betrachtet, und zwar unter einer *lex commissoria* zu Gunsten des Siegers.³⁾ Dem ist zwar von Bachofen⁴⁾ widersprochen und dieser Widerspruch von Keller⁵⁾ nicht gemißbilligt worden. Allein ich halte dennoch die obige, von Rudorff aufgestellte Meinung für richtig. Freilich gehört das ganze Institut der älteren Zeit an, später verschwand es, doch wohl weniger „aus dem Gebrauch des gemeinen Lebens“, wie Bekker⁶⁾ meint, als insofern die noch fortlebende Volkssitte einer veränderten juristischen Anschauung unterworfen wurde.⁷⁾ Bei der eigentlichen *sponsio*, sagt Bachofen, sei „der Sieges-

¹⁾ Rudorff in der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft Bd. 13 S. 195 ff.

²⁾ Vgl. MACROBIUS Saturn. III. 17, 15 sqq. (abgedruckt ob. § 8 S. 15). SERVIUS zu VERGIL. Buccol. III. 31 (abgedruckt ob. § 14 S. 27). Fr. 17 § 5 de praescript. uerb. (19. 5).

³⁾ Rudorff a. a. O. Vgl. auch Bekker, die prozessualische Consumption im klassischen Röm. Recht. Berlin 1853. S. 30. Die Behauptung Rudorff's ist übrigens nicht neu. Sie findet sich im Wesentlichen schon ausgesprochen bei CUIACIUS, Paratitla in Cod. Iustin. l. III tit. III und P. PERRENONIUS, Animaduersionum et uariar. lection. l. I c. 14 (OTTONIS Thesaur. iur. Rom. T. I p. 610). Der Letztere vermeidet sogar den Fehler Rudorff's, das *pignus ponere* bei der Wette als den Fall einer eigentlichen juristischen Sequestration anzusehen.

⁴⁾ Das Röm. Pfandrecht. Basel 1847. 1. Bd. S. 481 ff.

⁵⁾ In den Kritischen Jahrbüchern für deutsche Rechtswissenschaft, begründet von Richter, fortgesetzt von Schneider. Jahrgang XI S. 1009.

⁶⁾ A. a. O.

⁷⁾ S. u. § 34.

preis Gegenstand einer Stipulation, die bestrittene Behauptung 32. Bedingung derselben, der iudex Kampfrichter“, bei der Wette durch „pactum verbunden mit pignus“ fehle es „an einer Klage, an ihre Stelle trete die rein factische Sicherheit des offenen Einsazes, zuweilen in die Hände eines Sequester, welcher die Wette manchmal selbst entscheidet, immer aber den Wettpreis an den Sieger verabfolgt“; es könne daher nicht bezweifelt werden, „daß hier nur von einem bllblichen Gebrauch des Wortes pignus die Rede sei.“ Um dies zu beweisen, wird zunächst gesagt: „Wo ist denn die Forderung, für deren Erfüllung das Pfand haften soll?“ Diese Frage ist höchst eigenthümlich: die Wette ist ja nichts Anderes als das Versprechen einer Summe oder eines sonstigen Gegenstands unter einer gewissen Bedingung: geschieht dieses Versprechen durch ein bloßes pactum, so entsteht eine bedingte naturalis obligatio, für welche recht gut ein Pfand bestellt werden kann; charakterisirt doch Bachofen selbst die Wette durch pignus als ein „pactum verbunden mit pignus.“ Die ferneren Gründe, welche Bachofen für seine Meinung beibringt, reduciren sich darauf, daß er die von Rudorff gesammelte Beweise für nicht zureichend erachtet. Wollten wir auch die vorzugsweise angegriffenen Stellen aus Columella¹⁾ und Vergil²⁾ gar nicht auf

¹⁾ De re rustica VIII. 2, 5 (GESSNER I p. 635): „cuius plerumque totum patrimonium, pignus aleae, uictor gallinaceus pycetes abstulit.“

²⁾ Eclog. III. 28–37:

„DAMOETAS: Vis ergo, inter nos, quid possit uterque, uicissim
Experiamur? Ego hanc uitulam — ne forte recuses,
Bis uenit ad multram, binos alit ubere fetus —
Depono; tu dic, mecum quo pignore certes?

MENALCAS: De grege non ausim quidquam deponere tecum:
Est mihi namque domi pater, est iniusta nouerca,
Bisque die numerant ambo pecus, alter et haedos.
Verum id, quod multo tute ipse, fatebare maius —
Insanire libet quoniam tibi —, pocula ponam
Fagina, caelatum diuini opus Alcimedontis

— — — — —
DAMOETAS: — — — — —
Si ad uitulam spectas, nihil est, quod pocula laudes.

MENALCAS: Numquam hodie effugies; ueniam quocunque uocaris.“

32. die Wagschale legen, obgleich gerade das Gedicht des Letzteren sehr deutlich spricht, so sind doch viele Stellen bei Plautus¹⁾, Ovid²⁾, Phädrus³⁾, Valerius Maximus⁴⁾, Gellius⁵⁾, Servius⁶⁾ und Anderen⁷⁾ vollkommen hinreichend, um uns zu überzeugen, daß die Wette durch pignus ein im Römischen Verkehr vielvorkommendes Institut war, welches bei dem practischen Sinn und der in Geldsachen oft so peinlichen Genauigkeit der Römer gewiß nicht ohne rechtliche Wirkung blieb. Ein Römer wettet und deponirt obendrein den Wettpreis nicht, wenn er befürchten muß, als Sieger den von seinem Gegner gesetzten Gegenstand nicht zu bekommen, oder, sollte er ihn erhalten haben, zurückgeben zu müssen, wenn es dem Unterliegenden einfallen sollte, von der Wette wieder abzustehen. Es ist ein gemüthlicher Gedanke, „der freundschaftliche Verkehr des täglichen Lebens (Stoße) die Formen des strengen Rechts von sich“, aber kein Römischer. Daß die meisten Beispiele von der Wette durch pignus sich bei Dichtern finden, kein einziges den Rechtsquellen angehöre, würde, wenn es auch wahr wäre, doch nur als ein höchst verunglückter Grund angesehen werden können: vor Entdeckung des Gaius laß man Anspielungen auf gar manches Rechtsinstitut

¹⁾ Epidicus V. 2, 34—36. Poenulus V. 4, 72. Casina prolog. uu. 75 und 76. Bacchides III. 9, 132 und 133. Persa II. 2, 4—6. Vgl. auch von Weitem Curculio II. 3, 75 ff. Die letztere Stelle giebt ein Zeugniß für die verwandte Sitte im Würfelspiel, gewisse Gegenstände einzusetzen, und darauf hat man wohl auch bezogen IUVENAL Satir. I. u. 90. Allein vgl. dagegen E. G. WEBER in seiner Ausgabe des IUVENAL Wimar. 1825. S. 142 ff.

²⁾ Ars amat. I u. 168: „et quaerit posito pignore uincat uter.“

³⁾ III. 20: „a me contendet fictum quouis pignore.“

⁴⁾ III. 3, 3: „pignore cum quibusdam posito — pactum uictoriae pretium — pignus posuisse.“

⁵⁾ Noct. Att. V. 4: „librarius in quoduis pignus uocabat: si in una uspiam littera delictum esset.“

⁶⁾ Ad VERGIL. Ecl. III. 31. Abgedruckt in § 14 S. 27.

⁷⁾ 3. B. CATULL. carm. 44 Ad Fundum u. 4: „Quouis Sabinum pignore esse contendunt.“ Die schon oben (§ 7 SS. 13 u. 14) benutzten Stellen bei SERVIUS (in VERGIL. Aen. XI. 133), FESTUS, LACTANTIUS PLACIDUS und ISIDOR beziehen sich auf den wirklichen Sequester und können daher erst unten weiter gebraucht werden.

bei Poeten und anderen nichtjuristischen Schriftstellern, während 32. in den ex professo vom Recht handelnden Büchern davon nichts enthalten war. Uebrigens hat es seinen guten Grund, daß die Rechtsquellen das *pignore certare* nicht ausdrücklich erwähnen. Ich glaube auch nicht, daß noch die späteren klassischen Juristen den deponirten Wettpreis als *pignus* im eigentlichen Sinn auffaßten.

§ 33.

Das *pignus* ist ein Rechtsinstitut, welches in dem alten Römischen Verkehr viel vorkam. Bloße *pacta*, namentlich auch die im Leben so häufigen, damals noch nicht klagbaren späteren *Consensualcontracte*, konnten ebenso gut wie dadurch, daß man sie in Form einer *Stipulatio* kleidete oder in einen *Literalcontract* faßte, Sicherung ihrer Wirksamkeit erhalten, wenn man damit einen *Realcontract* verband, welcher als *pignoris datio* oder Geben einer *arrha* erscheint¹⁾ und überall als eigentliche Pfandgebung aufzufassen ist, wie ich — um die Darstellung an dieser Stelle nicht weiter zu unterbrechen — in der Beilage II nachweisen werde. So erklärt sich die große Rolle, welche bei Plautus und anderen alten Schriftstellern die Sicherung von Verträgen durch Hingabe oder Deposition eines Gegenstands spielt und es ist nicht abzusehen, warum man sie nicht auch angewendet haben sollte, um der aus einer Wette entstandenen bedingten Obligation Kraft und Nachdruck zu geben²⁾, besonders in dem Verkehr mit Nichtbürgern, mit welchen eine eigentliche *sponsio* unmöglich war und da, wo der Wettpreis nicht in Geld, sondern in individuellen Sachen — z. B. in Ringen, wie so häufig bei den Römern³⁾ — bestand, indem hier auch eine gewisse Sicherung gegen das Abhandenkommen, die Unterschlagung u. solcher Sachen willkommen war. Man konnte es dabei unterlassen, den Wettvertrag in eine

¹⁾ Vgl. BEKKER *De emptione uenditione* etc. p. 8.

²⁾ Daß für eine bedingte Obligation ein Pfandrecht bestellt werden kann, ist kein Zweifel. Fr. 9 § 1. Fr. 11 pr. § 1 *qui potiores* (20. 4).

³⁾ Vgl. PLINIUS *Histor. natural.* l. XXXIII c. 6 i. f.

33. Stipulationsformel zu fassen, das machte die Sache leichter und jedenfalls bequemer.¹⁾ Der einfach ausgesprochene consensus und die Deposition der Pfandsache beim Sequester genügte, um das Geschäft vollkommen wirksam zu begründen. Freilich wurde dabei der Besitz der Pfandsache nicht auf den Creditor selbst übertragen: aber das war vor der Hand auch nicht nötig, denn der Besitz war einem unparteiischen Vertrauensmann beider Theile eingeräumt, welchem jedenfalls auch Schutz für denselben gewährt wurde. Die Wette ist immer ein unter einer Suspensivbedingung abgeschlossener Vertrag; der damit verbundene Pfandvertrag stellt sich umgekehrt als Vertrag unter einer Resolutivbedingung dar. Bis zur Defizienz der letzteren ist es noch ungewiß, ob das Pfandrecht bestehen bleibt oder nicht, und bis dahin kann recht gut den Besitz der Pfandsache interimistisch der Sequester haben. War die Wette entschieden, so konnte der Sieger das von ihm gesetzte Pfand zurückfordern, da seine Verbindlichkeit und damit auch das Pfandrecht aufgehört hatte; von dem Gegner aber konnte er verlangen, daß dieser ihm in bester Form Rechtsens an dem gewonnenen Wettpreis Eigenthum bestelle. Weigerte sich dieser, so war es Sache des Sequester, den Besitz des Pfands dem Sieger zu überantworten und einer etwaigen Klage von Seiten des Besiegten gegen den Depositar stand dann eine auf die Nebenbestimmung bei der Deposition sich stützende exceptio doli entgegen, während der Sieger nunmehr den Schutz genoß, welcher dem Pfandgläubiger überhaupt wurde. Wie aber, wenn noch vor der Aushändigung der Sache an den Sieger der Besiegte seinen Auftrag an den Sequester widerrufen hatte? Und genügte im Allgemeinen die Uebertragung des Besitzes dem Sieger? Hatte er nicht das Recht, Eigenthum an dem Gegenstand der Wette zu fordern? Das Recht des Pfandverkaufs war in jener alten Zeit noch nicht von selbst in dem Pfandrecht enthalten, ja es war damals wohl noch nicht einmal ein ausdrücklicher Verkaufsvertrag bei der Verpfändung üblich²⁾; auch wäre

¹⁾ Wie das die Römer zu schätzen wußten, darüber vgl. PAULLUS Sententiae receptae V. 33. § 2 (abgedruckt u. § 75).

²⁾ Bachofen a. a. D. S. 157 ff. Keller a. a. D. S. 1002 ff.

oft dem Sieger durch den Verkauf der Sache wenig gebient gewesen, besonders wenn er sie selbst behalten wollte. Er hätte sich also auf den Besitz und dessen Schutz beschränkt gesehen, wenn nicht durch eine andere, damals sehr gebräuchliche Nebenverabredung geholfen worden wäre. Beispiele von der *lex commissoria* beim Pfandvertrag finden sich schon in alter Zeit, so in einem Musterformular für Pachtverträge bei

CATO De re rustica c. 146. 2 (GESSNER I p. 108):

Donicum solutum erit, aut ita satisdatum erit, quae in fundo illata erunt, pignori sunt: ne quid eorum de fundo deportato; si quid deportauerit domini esto.

und bei

CICERO Epistul. ad diuersos lib. XIII ep. 56. 2:

Praeterea Philotes Alabandensis ὑποθήκας Cluuius dedit. Hae commissae sunt. Velim cures, ut aut de hypothecis decedat easque procuratoribus Cluuii tradat, aut pecuniam soluat.

Eine solche *lex commissoria* wurde auch bei der Wette dem Pfandvertrag einverleibt und dadurch bewirkt, daß, sobald der Bestiegte sich weigerte, dem Sieger Eigenthum an dem Wettobject zu bestellen, die Pfandsache von selbst demselben zufiel, ein Resultat, welches, da die Letztere und das Erstere identisch waren, immer dem anfänglichen Vertragswillen der Parteien entsprach.

§ 34.

Zu Anfang der Kaiserzeit wurde nun wahrscheinlich von Labeo und seiner Schule¹⁾ der Begriff der unbenannten Realcontracte ausgebildet, indem man den Gedanken geltend machte, daß der formlose Vertrag aufhöre ein *nudum pactum* zu sein, sobald er von dem einen Paciscenten erfüllt sei und so von Seiten des Er-

¹⁾ PAPINIAN Fr. 1 § 1. ULPIAN Fr. 19 pr. Fr. 20 pr. de praescript. verb. (19. 5). Fr. 7 § 2 de pactis (2. 14). Fr. 3 § 3 de condict. caus. data (12. 4). Jimmern, Röm. Rechtsgeschichte Bd. 3 § 55 Not. 12. Schilling, Institutionen Bd. 2 § 110 Not. h. Bd. 3 § 250 Not. v. § 324 a. A. Daher mag es auch kommen, daß der Sabinianer GAIUS der *actio praescriptis verbis* nicht erwähnt in Fällen, wo sie doch in den *Institutiones imperiales* vorkommt. Vgl. GAIUS III. 143 u. 144 mit §§ 1. 2. I. de locat. et cond. (3. 24). Vgl. auch Keller, Röm. Civilprozeß. § 42 (S. 171) besonders Not. 479.

34. füllenden und für denselben eine *ciuilis causa* erhalten habe. Man führte für diese Fälle eine neue Klage (*incerta und bonae fidei*) ein: die *actio praescriptis uerbis*, welche bald zur Ergänzung des ganzen Klagensystems und zur Geltendmachung jedes erlaubten Vertrags diente, sobald der Kläger sich dabei auf eine schon geschehene Erfüllung berufen konnte. Namentlich kam sie zur Anwendung, wo ein vorliegendes Rechtsgeschäft nicht ganz unter den Begriff eines ordentlichen Contracts paßte, indem Merkmale desselben fehlten oder zweifelhaft waren, oder wo ein Rechtsgeschäft zwischen mehreren ordentlichen Contracten schwankte, oder endlich da, wo ein Rechtsgeschäft eine Verbindung von mehreren Contracten enthielt, ohne daß sich entscheiden ließ, welcher unter diesen der eigentliche Hauptcontract sei.¹⁾ Da war es natürlich, daß man auch das *pignore certare*, ein Rechtsgeschäft, das aus so verschiedenartigen Verträgen und Contracten (Wettvertrag zwischen den Parteien, Pfandvertrag zwischen denselben mit *lex commissoria*, Deposition beim Sequester u.) zusammengesetzt war, ohne daß einer derselben das ganze Verhältniß entschieden beherrscht und demselben seinen Typus aufgeprägt hätte, unter den neu aufgestellten Begriff zu subsumiren suchte. Man konnte dabei den ursprünglichen Vertrag zwischen den Wettenden, sowie das ziemlich complicirte Pfandverhältniß mit der *lex commissoria*, außer Acht lassen und brauchte bloß Rücksicht zu nehmen auf die Beziehungen, in welchen die Deponenten zu dem Sequester standen. Jeder der Ersteren gab dem Letzteren eine Sache, damit dieser sie eintretenden Falls dem Gegner, oder aber, wenn dieser Fall nicht eintrat, zugleich mit dem vom Gegner zu diesem Zweck deponirten Gegenstand, ihm restituiren. Es lag also von jeder Seite ein *Innominatcontract* vor, welcher auf die alternative Grundformel *do ut facias* (i. e. *meo nomine aduersario des*) auf des (i. e. *reddas et des*) sich zurückführen läßt.²⁾ Dabei stehen

¹⁾ Vgl. über das Alles Schilling a. a. D. Bb. 3 S. 576 und namentlich über den letzten der obengedachten Fälle PAULLUS Fr. 5 § 4. AFRIGANUS Fr. 24 de praescript. uerbis (19. 5). ULPIAN Fr. 20 § 1 eod. Siehe oben § 18 S. 39 Not. 1.

²⁾ *Innominatcontracte* mit alternativer Fassung sind nichts Ungewöhnliches, so z. B. der Trödelvertrag ULPIAN Fr. 17 § 1 de praescript. uerb. (19. 5).

beide so abgeschlossene Innominatcontracte in dem Verhältniß, daß, 34. wenn bei dem einen die Bedingung des *facere* eintrat, dieselbe bei dem anderen deficirte, somit die Verpflichtung zum *dare* blieb und umgekehrt. Da somit immer das *facere* aus dem einen mit dem *dare* aus dem anderen Contract zusammentreffen muß, kann (in Folge besonderer Contractbestimmung) in dem *dare* des Letzteren recht gut die Verpflichtung enthalten sein, den Gegenstand des *facere* aus dem anderen Contract mitzuleisten. Es bleibt also die ursprüngliche Uebereinkunft (das *pactum* oder die *sponsio* unter den Wettenden) juristisch ganz unberücksichtigt. Der Zweck derselben wird vollkommen erreicht und gesichert durch die beiden mit dem *sculna* abgeschlossenen Innominatcontracte.

§ 35.

Daß Ulpian das Verhältniß so auffaßt, ergiebt sich aus:

Fr. 17 § 5 de *praescriptis uerbis* (19. 5):

Si quis sponsionis causa annulos acceperit, nec reddit uictori, praescriptis uerbis actio in eum competit. Nec enim recipienda est SABINI opinio, qui condici et furti agi ex hac causa putat; quemadmodum enim rei nomine, cuius neque possessionem neque dominium uictor habuit, aget furti? Plane si inhonesta¹⁾ causa sponsionis fuit, sui annuli duntaxat repetitio erit.²⁾

Zwar scheint die Stelle eine förmliche Sponzion zwischen den Wettenden vorauszusetzen, doch bleibt diese völlig unberücksichtigt und es könnte eben so wirksam bloß ein *nudum pactum* vorhanden sein. Die Wettpreise beider Theile (zwei Ringe) sind bei einem Dritten deponirt und zwar so, daß dem Sieger beide ausgeantwortet werden sollen. Wenn nun der Depositär dieselben

Fr. 1 § 1 de *aestimatoria* (19. 3). Vgl. außerdem PAPINIAN Fr. 8 und POM-
POR. Fr. 26 i. f. de *praescript. uerb.* (19. 5).

¹⁾ Basilik. XX. 4, 17 § 5 (HEIMB. l. II p. 382): *εἰ δὲ ἀνεπίτηδες ἦν ἡ αἰτία.*

²⁾ Man hat in dieser Stelle oft den Fall einer eigentlichen Sequestration finden wollen. Allein dagegen polemisirt schon ALCIAT in L. 110 d. V. S. (Opp. Ed. Basil. 1582 t. 2 c. 1161). Vgl. auch unten § 36.

35. dem Sieger nicht herausgiebt, so wird diesem die *actio praescriptis uerbis* zugesprochen. Dieß läßt sich nicht anders erklären, als auf die in dem Vorhergehenden angegebene Weise. — Die Stelle aber ist um so merkwürdiger, als sich darin allerdings auch eine Spur der älteren Auffassung des Verhältnisses zeigt. *Sabinus* hatte die Meinung geäußert, daß dem Sieger gegen den die Herausgabe der Ringe verweigernden Depositär die *condictio (furtiva)* und *actio furti* zustehen. Diese Klagen wären vom Standpunkt des *Innominatcontractus* unerklärlich. Da hatte man den Wettgegenstand dem Depositär gegeben, damit er ihn zugleich mit dem gegnerischen Einsatz zurückerstatte, oder damit er ihn dem Gegner aushändige. Zu Beidem war der Sequester aus dem von ihm eingegangenen Realcontract alternativ verpflichtet. Dieser Verpflichtung gegenüber stand dem Sieger kein anderes Recht an den bei dem Sequester befindlichen Wettgegenständen zu, als ein persönliches. War also die Bedingung zu seinen Gunsten entschieden, so konnte er aus dem von ihm abgeschlossenen Vertrag fordern, daß ihm jene Sachen gegeben würden. Das bloße Verweigern der Erfüllung einer *Obligatio* aber ist nie als *furtum* betrachtet worden, namentlich nicht von *Sabinus*, welcher, wie wir aus *Gellius*¹⁾ wissen, im zweiten Buch seiner *libri III iur. ciuil.* folgende Definitionen des *furtum* hatte:

Qui alienam rem attrectauit, cum id se inuito domino facere iudicare deberet, furti tenetur

und

Qui alienum tacens lucri faciendi causa sustulit, furti obstringitur, siue scit cuius sit, siue nescit;

worin offenbar eine *Contrectatio* als wesentliches Merkmal des *furtum* vorausgesetzt wird und es ist jedenfalls nur ein Mißverständniß von *Gellius*, wenn er aus der Aeußerung des *Sabinus*:

— ne id quidem — dubitare se —, quin dominus furti sit condemnandus, qui seruo suo, uti furtum faceret, imperauit schließen will:

¹⁾ Noct. Att. XI. 18.

furtum sine ulla quoque attractione fieri posse, sola mente 35. atque animo, ut furtum fiat, annitente.

Wird doch auch ausdrücklich erwähnt, daß Sabinus und Cassius das bloße Verweigern der Herausgabe eines Depositum nicht als *furtum* ansahen.¹⁾ Nur wenn zu dem gefaßten *animus rem sibi habendi* des Depositars eine *Contractationshandlung* hinzukam, wurden die Diebstahlsklagen zugelassen. Dieß war jedoch bloß möglich bei einem *Contract*, bei dem der berechtigte *Contractant* schon juristischen Besitz oder ein *directes Recht* an der fraglichen Sache hatte, dem gegenüber eine *contractatio* denkbar war. Vom Standpunkt des *Innominatcontract*s ist weder an Entziehung des Besitzes, noch des *Usus* u., folglich auch nicht an eine *Contractation* zu denken. Verweigern der Herausgabe der Ringe dem bloßen Forderungsrecht des Siegers gegenüber konnte, selbst wenn der *Sculna* dieselben bei Seite gebracht oder versteckt hatte, nicht als *Contractation* gelten, da Jener weder Besitz, noch ein *directes Recht* an den betreffenden Sachen hatte, welches ihm dadurch hätte entzogen werden können: der von dem Gegner gesetzte Ring war weder in seinem *Eigenthum*, noch in seinem Besitz; seinen eigenen Ring hatte er dem *Sculna* (ins *Eigenthum* und in den Besitz) gegeben — konnte er ja denselben nur zurückfordern, wenn die *causa* der Wette *inhonesta*, folglich der Vertrag *contra honos mores* und deshalb nichtig war —, so daß *Ulpian* mit vollem Recht sagt: „*quemadmodum . . . rei nomine, cuius neque possessionem, neque dominium uictor habuit aget furti?*“ Wäre Sabinus, wie *Ulpian*, bei seiner Entscheidung von der Annahme eines *Innominatcontract*s ausgegangen, so bliebe sie allerdings unerklärlich. Aber es ist schon an sich unwahrscheinlich, daß Sabinus, dessen Schule noch in späteren Zeiten die *Innominatcontracte* mißbilligte,

¹⁾ Fr. 3 § 18 de A. V. A. P. (41. 2). Vgl. auch Fr. 1 §§ 1 u. 2. Fr. 52 § 19 Fr. 67 pr. de furtis (47. 2). Fr. 13 depositi (16. 3). *Instituti depositum* bedeutet nicht sowohl das Abläugnen vor Gericht, als die arglistig verweigerte Herausgabe der deponirten Sache. Vgl. noch *IUVENAL* Sat. 13. 60. *QUINTIL.* *Declamationes* 245. *Rudorff* in der Zeitschrift für geschichtl. Rechtswissenschaft Bd. 14 S. 459.

35. das fragliche Rechtsgeschäft mit denselben Augen betrachtet haben sollte, wie Ulpian. Näher liegt es, daran zu denken, Sabinus habe noch der alten Auffassung, wonach die eingesezten Wettpreise als Pfänder angesehen wurden, gehuldigt. Danach stellt sich unser Fall so. Die Ringe waren als Pfänder für die Sponsionen sub lege commissoria bei einem Sequester deponirt. Nach Entscheidung der Wette weigerte sich der Sequester, sie dem Sieger zu geben. Das konnte nun eher als *furtum* gelten. Stehen doch auch gegen den Pächter, welcher die dem Verpächter verpfändeten Früchte des Grundstücks — an denen Jener durch Perception Besitz und Eigenthum erlangt hat — verschleppt oder verkauft und überhaupt gegen den, welcher seine einem Anderen verpfändete Sache verkauft (obwohl er sie selbst noch fortbesitzt), die Diebstahlsklagen zu.¹⁾ Dieß hat darin seinen Grund, daß dem Pfandrecht, als directem Recht an einer Sache, gegenüber sich ganz wohl eine wirkliche *contractatio* denken läßt. Es ist daher erklärlich, daß man auch den Sculna, welchem der Besitz bloß auf eine bestimmte Zeit interimistisch übertragen war, sobald er *animo lucro faciendi* die Wirksamkeit des Pfandrechts des Siegers zu vereiteln suchte, als einen *fur* ansah, wozu noch kommt, daß in Folge der *lex commissoria* die Pfandsache in *bona* des Eigenthümers gekommen sein konnte, so daß nunmehr nicht bloß sein Pfandrecht, sondern auch sein Eigenthum durch die Weigerung des Sequester, die fragliche Sache herauszugeben, verletzt wurde. Freilich muß dabei überall eine wirkliche *Contractationshandlung* des Sequester vorausgesetzt werden. Allein das kann ohne Bedenken geschehen, da ja auch Ulpian nicht von dieser Seite die Ansicht des Sabinus angreift, also anzunehmen scheint, daß der Thatbestand des *furtum* im vorliegenden Fall vorhanden wäre, wenn nicht die ausdrücklich genannten Requisite fehlten.

So zeigt sich denn, wie von dem *pignus ponere* wohl eine Spur in den Rechtsquellen sich vorfindet, und zugleich erhellt, daß bei der veränderten und bald allgemein gewordenen Auffassung der späteren Zeit eine ausdrückliche Erwähnung dieses Insti-

¹⁾ AFRICANUS Fr. 61 § 8 PAULLUS Fr. 66 pr. de furtis (47. 2).

tuts in den Justinianischen Rechtsbüchern und anderen Rechts- 35. quellen durchaus nicht erwartet werden kann.

§ 36.

Das *pignore certare* ist nun mit dem Fall der eigentlichen Sequestration, dessen Betrachtung wir uns vorgesetzt haben: wo beide Theile den streitigen Gegenstand beim Schiedsrichter deponiren, wohl nahe verwandt, keineswegs aber identisch. Dort existiren, wenn beide Theile auf ihre Behauptungen etwas gesetzt haben, zwischen denselben zwei reziprok bedingte Obligationen, und jeder Contrahent deponirt für den Fall, daß er verlieren sollte, sofort den Wettgegenstand als Pfand; hier besteht unter den Parteien bloß eine unbedingte Obligation, das Compromissum, und beide Theile deponiren zusammen den Streitgegenstand. Im ersteren Fall liegt also eine Sequestration im juristischen Sinn, wo eine Sache *a pluribus in solidum certa conditione custodienda reddendaque* deponirt wird, nicht vor und dieß zeigt sich auch in späterer Zeit noch darin, daß gegen den Depositär eine *actio depositi sequestraria* nicht zulässig ist, sondern nur die *actio praescriptis uerbis*.¹⁾

Den Namen *Sculna* oder *Sequester* führt also beim *pignore certare* der Depositär nicht im streng juristischen Sinn, sondern er hat ihn wohl bloß der anscheinenden, äußeren Ähnlichkeit des Verhältnisses zu verdanken.²⁾ Nichtsdestoweniger aber müssen wir doch behaupten, daß auch bei dem jetzt zu behandelnden Fall eigentlicher Sequestration die Deposition des Streitgegenstands wenn auch nicht als ein *pignore certare*, so doch als ein *pignus ponere* von beiden Seiten angesehen wurde.³⁾

¹⁾ Fr. 17 § 5 *de praescript. uerb.* (19. 5).

²⁾ Daß die Römer selbst einen Unterschied zwischen dem *Sequester* im streng juristischen Sinn und dem *Sequester* nach allgemeinem Sprachgebrauch machten, geht aus Fr. 6 *depositi* (16. 3) hervor, wo *PAULLUS* mit Nachdruck sagt: *proprie in sequestre est depositum*. Der Gegensatz wäre natürlich *improprie sequester accipitur*. Vgl. *P. PERRENONIUS Animadu.* I c. 14. S. oben S. 66 Not. 3.

³⁾ Die Aufstellung des strengeren Begriffs des *depositum apud sequestrem*

§ 37.

37. Wenn zwei Parteien ihre Streitsache einem Schiedsrichter übergeben, so vertritt die (nudo pacto oder stipulatione) unter denselben abgeschlossene Obligation, das Compromissum, gewissermaßen die Stelle der Litiscontestation im Civilprozeß. Wie durch diese von selbst eine neue Obligation, ein condemnari oportere nach Maßgabe der formula entstand¹⁾, so machten sich durch das freiwillig eingegangene Compromissum die Parteien anheischig, dem Spruch des Arbitr Folge zu leisten. Der Unterschied ist nur der, daß durch die Litiscontestation das Klagrecht aufgezehrt wird, während bei dem Compromissum das materielle Streitverhältniß jedenfalls unverändert bleibt. Im früheren klassischen Recht scheint zwar die Rechtsansicht herrschend gewesen zu sein, daß aus dem Spruch des Arbitr wohl für den siegenden Beklagten eine exceptio (ueluti pacti), nicht aber für den siegenden Kläger eine actio entstehe. Das wird erwähnt von Justinian in C. 5 pr. de receptis (2. 56), und auch in den Pandekten finden sich noch deutliche Spuren, so bei Ulpian in

Fr. 13 § 1 de receptis (4. 8):

Idem POMONIUS scribit: si de meis solis controuersiis sit. compromissum, et de te poenam sim stipulatus, uidendum, ne non sit compromissum; sed cui rei moueatur, non uideo. Nam si ideo, quia de unius controuersiis solum compromissum est, nulla ratio est, licet enim et de una re compromittere; si uero ideo, quia ex altera duntaxat parte stipulatio interuenit, est ratio. Quamquam si petitor quis stipulatus est, possit dici, plenum esse compromissum, quia is, qui conuenitur, tutus est ueluti pacti exceptione; is qui conuenit, si arbitrio non pareatur, habet stipulationem. Sed

ist natürlich ein Product der späteren Zeit. Das eigentliche pignus ponere und die Deposition des Streitobjects beim sequester mögen anfänglich ein und dasselbe Institut gewesen sein. Das ganze Verhältniß war so naturgemäß und ursprünglich, daß die frühere Jurisprudenz es nicht für notwendig hielt, dasselbe juristisch zu zerlegen und zu zergliedern.

¹⁾ Gaius III. 180 ff. III. 107.

id uerum esse non puto; neque enim sufficit exceptionem 37.
habere, ut arbiter sententiam dicere cogatur;

und

Fr. 2 eod.

Ex compromisso placet exceptionem non nasci, sed poenae petitionem.

Allein gerade diese beiden Stellen beweisen auch, daß jene Ansicht bei den späteren klassischen Juristen keine Billigung fand, daß vielmehr der Satz feststand, die *sententia arbitri* mache in keiner Weise *res iudicata*. Dieß wird auch andernwärts ausgesprochen, so von

PAULLUS *Sententiae receptae* V. 5^a, 1:

Ex compromisso autem iudex sumptus rem iudicatam non facit; sed si poena inter eos promissa sit, poena rei in iudicium deductae ex stipulatu peti potest.¹⁾

Man hatte aber das Compromissum denselben Zweck, wie ein förmlicher Prozeß: dem Rechtsstreit ein Ziel zu setzen.

Fr. 1 de receptis (4. 8):

PAULLUS (libro II^o ad Edictum)

Compromissum ad similitudinem iudiciorum redigitur, et ad finiendas lites pertinet.²⁾

Es mußten daher auch Mittel gefunden werden, der *sententia arbitri* eine endliche Kraft und Geltung zu sichern und die Wiederholung des Streits unmöglich zu machen. Zu diesem Behuf pflegte man bei dem durch gegenseitige Pönalstipulationen eingegangenen Compromiß die Strafe auf den vollen Betrag des Streitobjects zu stellen³⁾, obwohl dieß nicht geradezu geboten war⁴⁾ und die poena sogar auf eine noch unbestimmte Summe (*quanti ea res erit*) gerichtet sein konnte⁵⁾; ja es kam auch vor, daß ohne

¹⁾ Vgl. noch ANTONINUS I. C. 1 de receptis (2. 56).

²⁾ Vgl. auch ULPIAN Fr. 3 § 1 eod. (4. 8). IUSTINIANUS C. 14 de iudic. (3. 1).

³⁾ ULPIAN Fr. 4 § 3 de doli exceptione (44. 4).

⁴⁾ PAULLUS Fr. 32 pr. de receptis (4. 8).

⁵⁾ PAULLUS Fr. 28 eod.

37. alles Weitere ein auf *sententiae stare* gerichtetes Compromissum durch Stipulation eingegangen wurde und daraus mit einer *incerta actio ex stipulatu* (auf *QUIDQUID DARI FIERI OPORTET*) geklagt wurde.¹⁾

§ 38.

Wie aber erreichte man jenen Zweck bei dem formlos (*nudo pacto*) eingegangenen Compromiß, wo das Streitobject beim Arbitrer mit der Bestimmung deponirt war, daß es dem Sieger ausgehändigt werde? Konnte da nicht immer, wenn auch der Arbitrer entschieden und dem Sieger die Sache übergeben hatte, der Gegner wieder von Neuem auf gerichtlichem oder außergerichtlichem Weg den Streit beginnen? Hatte doch die *sententia* des Arbitrer nicht die Kraft einer *res iudicata*, vermochte es doch derselbe nicht, durch seinen Spruch einer Partei Eigenthum zu geben oder zu nehmen. In Folge des bloßen Vertrags konnte auch keine Partei gezwungen werden, auf die andere (in Gemäßheit des Ausfalls der *sententia*) Eigenthum zu übertragen, oder bei ihrem Auftrag an den Arbitrer, dem Gegner, wenn er siegen sollte, Eigenthum zu bestellen, stehen zu bleiben. Der Theil, für welchen die *sententia* ungünstig ausfiel, konnte jederzeit, sogar nach Eröffnung des Spruchs, den Auftrag widerrufen und war auf keine Weise aus dem *nudum pactum* zu zwingen, bei seiner Einwilligung zur Uebergabe des Streitgegenstands an den Sieger zu beharren. Dieß gestaltet sich Alles anders, wenn man die Deposition des Streitgegenstands als Einsetzen eines Pfands für die beiderseits eingegangene Verpflichtung *sententiae stare* betrachtet. Die Sache ist streitig, und da das Recht nur auf einer Seite sein kann, wird auch nur ein Theil dieselbe als Eigenthümer verpfänden. Es ist aber noch ungewiß, wer das Recht hat, es kann also noch nicht feststehen, wer als Eigenthümer und wer als Nichteigenthümer die Verpfändung vornimmt. Nichtsdestoweniger steht einer solchen durch beide Theile kein Bedenken im Weg. Man kann sich zwar nicht darauf

¹⁾ ULPIAN FR. 27 § 7 eod. Vgl. oben § 31.

berufen, daß, wenn der eine Verpfänder A auch nicht Eigenthümer^{38.} sein sollte, doch die Einwilligung des anderen Verpfänders und Eigenthümers B die Verpfändung des Ersteren kräftig mache¹⁾, denn Niemandem kann seine eigene Sache verpfändet werden²⁾; so daß sich materiell die Verpfändung des Nichteigenthümers immer als ungültig herausstellen wird; allein man bedenke, daß es sich hier um ein rein formelles Verhältniß handelt, durch welches die materielle Wirkung eines an sich nicht hinreichend kräftigen Vertrags aufrecht erhalten werden soll. Wir dürfen also das aus dem materiellen Pfandrechte hergeholte Bedenken aufgeben, wenn wir sehen, daß, formell betrachtet, das Pfandrecht nicht angefochten werden kann und so die Sicherung des Vertrags bestehen bleibt. Ist die *sententia* gesprochen und zu Gunsten des Einen entschieden, so kann dieser Ausantwortung der Sache vom Sequester fordern. Wollte aber der Gegner die *sententia* anfechten und deshalb von dem Compromissum zurücktreten, so vermöchte er dieß nur zu thun, indem er aufstellte, dieselbe sei materiell unrichtig, also er noch Eigenthümer, der Sieger Nichteigenthümer.³⁾ Nun wäre aber der Fall eingetreten, für den die Verpfändung berechnet ist. Auf die Ungültigkeit des Pfandrechts kann er sich, da er Eigenthümer sein will, nicht berufen. Angenommen, daß seine Behauptung richtig, die *sententia* ungerecht und er der wahre Eigenthümer wäre, so würde er dadurch, daß er seiner Vertragsverpflichtung, *sententiae stare*, zuwiderhandelt, in Folge der dem Pfandvertrag beigefügten *lex commissoria*, sein Eigenthum — wenigstens das bonitairische — verlieren und der Siegende könnte auf die *rei vindicatio* desselben sich entweder negativ einlassen, oder, wenn das quirritarische Recht zurückgeblieben wäre, der *rei vindicatio* eine auf die Ver-

¹⁾ PAULLUS Fr. 20 pr. de pignorat. act. (13. 7).

²⁾ ULPIAN Fr. 45 d. R. I. (50. 17).

³⁾ Ungerechtigkeit des Spruchs allein genügt nicht, denselben anzufechten. ULPIAN Fr. 27 § 2 de recept. (4. 8). Imp. ANTONINUS c. 1 eod. (2. 54). Allein es ist einleuchtend, daß auch jedes andere Anfechten des Ausspruchs des Arbiters mit der Behauptung verbunden sein muß, derselbe sei materiell unrichtig.

Muther, Sequest.

38. pfändung unter einer *lex commissoria* gestützte, wirksame *exceptio doli* entgegenstellen. Die letzte würde dann ebenso wie die *exceptio rei uenditae et traditae* dinglichen Charakter tragen und somit auch jedem Singularsuccessor des Besiegten entgegenstehen.

§ 39.

Von dieser Auffassung haben sich wenige Spuren erhalten. Sie wird allerdings unterstützt durch das, was oben über die Abstammung und die ursprüngliche Bedeutung des Wortes *sequester* gesagt worden ist. Namentlich führt uns die in § 5 (S. 9 ff.) abgedruckte Stelle aus Plautus den Fall der Deposition des Streitgegenstands beim *Sequester* deutlich vor Augen und läßt erkennen, wie im älteren Römischen Verkehr häufig von diesem Mittel, um einen über bewegliche Sachen entstandenen Streit zu beseitigen, Gebrauch gemacht wurde. Für die juristische Auffassung des Verhältnisses zwischen den Parteien läßt sich aber aus Plautus nichts entnehmen. Etwas ergiebiger sind in dieser Beziehung die schon mehrfach allegirten Stellen von Festus, Servius, Lactantius Placidus und Isidor.¹⁾ Ueberall heißt hier der *Sequester* ein *medius* = μέσος, d. i. Schiedsmann zwischen zwei streitenden Theilen, und Festus schildert das Verhältniß noch näher, indem er sagt: Der *Sequester* ist ein Schiedsmann, welcher ein *Depositum* so bewahrt, daß er es demjenigen, welcher sein Recht darauf nachgewiesen haben wird, ausantwortet. Was Festus *depositum* nennt, wird von Isidor und Lactantius Placidus geradezu mit *pignus* bezeichnet, und dabei sei bemerkt, daß bei Isidor sich folgende Stelle findet²⁾:

Depositum est pignus commendatum ad tempus, quasi diu positum,
welche sicher in der Schrift des Juristen, der sie ursprünglich angehörte, sich auf die *depositio apud sequestrem* bezog.³⁾ Daß in unseren Stellen von einem wirklichen Rechtsstreit die Rede, und

¹⁾ Sämmtlich abgedruckt oben § 7 S. 13 f.

²⁾ Etymolog. V. 25, 19.

³⁾ Vgl. Rudorff in der Zeitschrift für geschichtl. Rechtswissenschaft Bd. 13 S. 201 Not. 40.

nicht bloß von einer Wette durch pignus, wie Rudorff¹⁾ rück- 39. sichtlich der Stellen von Servius und Isidor annimmt, kann kaum bezweifelt werden, weder bei Festus, wo es heißt:

— inter aliquos qui certant medius,

und damit im Zusammenhang:

— depositum ita tenet aliquid, ut ei reddat, qui id deberi iure sibi constiterit;

noch bei Servius:

sequester — medius inter duos altercantes;

noch bei Isidor:

sequester — qui certantibus medius interuenit;

noch bei Lactantius Placidus, welcher ausdrücklich erwähnt:

sequester est — — apud quem cuiuscunque certaminis futuri pignora deponuntur.

Diese Worte sind sehr bemerkenswert, denn sie zeigen, daß man den sequestrirten Gegenstand als Pfand für den Fall eines künftigen Streits betrachtete. Und dieß ist er auch in der That. Wenn die Parteien das Compromissum abschließen, sind sie einig, sie übertragen die Entscheidung des bisherigen Streits einem Dritten. Aber für den Fall, daß zukünftig, nach ausgesprochener sententia, wieder Streit unter ihnen entstehen sollte, wird dem jetzigen Vertrag Realsicherheit gegeben und der Streitgegenstand als Pfand eingesetzt.

Auch die oben § 16 sub 3 (S. 32) abgedruckten Glossen aus dem Glossar der Amplonianischen Bibliothek zu Erfurt bestätigen meine Ansicht. Ebenso mehrere Stellen bei Tertullian, welche, wenn auch der dem Schriftsteller vorschwebende juristische Gedanke nicht streng, präcis und klar durchgeführt ist, doch beweisen, daß man noch zu seiner Zeit gewohnt war, den Sequester als einen Schiedsrichter oder Vermittler zu betrachten, bei welchem Pfänder für den bereinstigten Ausgang des Streits deponirt waren.²⁾

¹⁾ Zeitschrift für geschichtl. Rechtswissenschaft Bd. 13 S. 196.

²⁾ Die Stellen des TERTULLIAN sind um so wichtiger, als derselbe, wie an vielen Orten seiner Schriften (z. B. Apologet cc. III, V, VI; De Pallio c. 5; De anima l c. 6) sich deutlich zeigt, wirklich juristische Kenntnisse hatte, was überdem noch durch EUSEBIUS (lib. II Hist. eccles. c. 2) besonders beglau-

39. De resurrectione carnis cap. 51:

— Iesus —. Hic sequester dei atque hominum appellatus ex utriusque partis deposito commissio sibi carnis quoque depositum seruat in semetipso, arrabonem summae totius. Quemadmodum enim nobis arrabonem spiritus reliquit, ita et a nobis arrabonem carnis accepit, et uexit in caelum pignus totius summae illuc quandoque redigendae. Securae estote caro et sanguis, usurpastis et caelum et regnum dei in Christo.

Ibid. cap. 63:

Resurget igitur caro, et quidem omnis, et quidem ipsa, et quidem integra. In deposito est ubicunque apud deum per fidelissimum sequestrem dei et hominum Iesum Christum, quia et homini deum et hominem deo reddet, carni spiritum et spiritui carnem.

Aduersus Praxean c. 27 i. f.:

Disce igitur cum Nicodemo: Quia quod in carne natum est, caro est, et quod de spiritu, spiritus est. Neque caro spiritus fit, neque spiritus caro. In uno plane esse possunt. Ex his Iesus constitit, ex carne homo, ex spiritu deus, quem tunc angelus ex ea parte, qua spiritus erat, dei filium pronunciauit, seruans carni filium hominis dici. Sic et apostolus etiam dei et hominum appellans sequestrem utriusque substantiae confirmauit. Nouissime qui filium dei carnem interpretaris,

bigt wird. Unbegreiflich aber ist es mir, wie man annehmen konnte, unser Kirchenvater TERTULLIAN sei identisch mit dem gleichnamigen Pandektenjuristen. Man braucht nur Stellen, wie die oben im Text abgedruckten, mit ihrer überall hinkenden Anwendung juristischer Vorstellungen auf religiöse Dinge und ihrem gefuchten, oft schwülstigen Stil, zu vergleichen mit der klaren, ruhigen, fast nüchternen Darstellung in den uns gebliebenen Fragmenten des Pandektenjuristen (z. B. in Fr. 33 de testam. milit. [29. 1]. Fr. 28 D. A. V. A. P. [41. 2]. Fr. 4 de castrensi pecul. [49. 17]), um zu erkennen, daß unmöglich Beide von ein und demselben Menschen herrühren können. Dieß hat schon Hugo GROTIUS ad Epist. Paul. ad Titum us. 13 erkannt, welcher wegen seiner genauen Kenntniß der theologischen wie juristischen Literatur für den kompetentesten Beurtheiler der Frage gelten kann. Sonst ist über dieselbe viel in den Tag hinein geschrieben worden. Siehe z. B. nur die ältere Literatur bei OTTO Praefat. ad Tom. I. Thesaur. iur. Rom. p. 20.

exhibe qui sit filius hominis. Aut numquid spiritus erit? 39. Sed spiritum patrem ipsum uis haberi, quia deus spiritus, quasi non et dei spiritus, sicut et sermo deus et dei sermo.¹⁾

§ 40.

In den Rechtsquellen finde ich nur wenige Andeutungen, welche meine Ausführung unterstützen können. Die einzige bedeutendere Stelle in dieser Beziehung ist das schon oben (§ 31) abgedruckte Fr. 11 § 2 de receptis (4. 8) von Ulpian. Dieser Schriftsteller erkennt an, daß ein Compromissum zu seiner vollen Wirksamkeit nicht immer der gegenseitigen Pönalstipulationen bedürfe, sondern daß es genüge, wenn die Sachen bei dem Schiedsrichter deponirt worden seien unter dem Uebereinkommen, daß dieser sie dem Sieger ausantwortet, oder vielmehr, daß er sie demselben ausantwortet, wenn der Unterliegende dem Urteilspruch nicht gehorche. Hierbei ist von den streitigen Gegenständen die Rede, wie daraus hervorgeht, daß bestimmt ist, sie sollten dem Sieger überliefert werden. Wollte man annehmen, Ulpian meine andere Gegenstände, die als eventuelle Strafe deponirt seien, so wäre es widersinnig, daß der Sieger diese Strafe erhalten soll, auch ohne daß der Gegner sich geweigert hat, der *sententia* gehorsam zu sein. Ulpian corrigirt sich freilich, indem er beifügt: „uel ut eam rem daret, si non pareatur *sententiae*“, wodurch offenbar der Vertrag der Parteien unter sich und mit dem Schiedsrichter genauer charakterisirt werden soll. Man könnte daher sagen, der Jurist habe doch eine *poena* im Sinn, die Widersinnigkeit der Worte „ut ei daret, qui uicerit“ sei durch die folgende nähere Bestimmung: „uel ut eam rem daret etc.“ gehoben. Allein die Worte „ut ei daret, qui uicerit“ zeigen deutlich, daß dem Ulpian der Fall vor Augen schwebte, wo der Sieger jedenfalls die fraglichen Sachen erhielt, und dieß kann kein anderer sein, als der, wo die Streitgegenstände deponirt sind. Die folgende nähere Bestimmung

¹⁾ Die Vorstellung, daß Christus Sequester zwischen Gott und den Menschen sei, bezieht sich überall auf PAULUS Epistul. ad Timotheum I c. 2 u. 5: *Εἰς γὰρ θεὸς, εἰς καὶ μέσσης θεοῦ καὶ ἀνθρώπων, ἀνθρώπος Χριστὸς Ἰησοῦς.*

40. enthält nur eine juristisch genauere Fassung des Vertrags, und diese stimmt ganz mit den von uns oben aufgestellten Sätzen überein. Von der Pfandeigenschaft des deponirten Gegenstands spricht Ulpian nicht. Allein dieß ist erklärlich, da er bloß im Allgemeinen die Fälle aufzählt, in welchen der Arbitrer gezwungen werden kann, die *sententia* zu ertheilen, so daß er also hier zunächst bloß das Verhältniß der Parteien zu dem Schiedsrichter behandelt, das Pfand aber für den Vertrag unter den Parteien, nicht für den Vertrag der Parteien mit dem Arbitrer gegeben war. Für den Letzteren bedurfte es ja keines Pfandes, da derjenige, welcher das Amt eines Schiedsrichters übernommen hatte, vom Prätor, sobald nur der Vertrag zwischen den Parteien durch *Pönalstipulationen* oder durch Pfandgebung gehörig gesichert war, *extra ordinem* zur Erfüllung seiner Verpflichtung gezwungen wurde.¹⁾ Das Verhältniß zwischen den beiden Parteien aber und die doppelte Pfandgebung bedurfte keiner weiteren Ausführung, da es an sich einleuchtend ist, daß die für das *nudum pactum* bestellte Realsicherheit keine andere sein kann, als eine Verpfändung. Stellt sich ja doch die Deposition des Streitobjects beim Sequester dar als ein Sicherungsmittel für das *Compromissum* (mag dieses *stipulatione* oder *nudo pacto* abgeschlossen sein). Mit hin fällt sie unter den Begriff der *Cautio* und natürlich der *Realcautio*. Eine solche aber kann immer nur durch Bürgen oder Pfandbestellung geleistet werden.

Fr. 4 § 8 de fid. lib. (40. 5):

ULPIANUS (libro LX° ad Edictum)

— cauendum est idonee. Quid est idonee? Satisdato utique, aut pignorigibus datis;

und so will es jedenfalls auch Paulus verstanden wissen, wenn er sagt

¹⁾ ULPIAN Fr. 3 § 1. Fr. 13 § 2. Fr. 15 de receptis (4. 8). PAULLUS Fr. 32 § 12 eod. Vgl. NOODT Comm. ad Tit. D III. 8 (Opp. Ed. 1732. Tom. II p. 111). Gegen die abweichende Ansicht von A. CORRIUS (*Disputationes iur. civil.* I. 4), die unter Anderen auch Mühlenbruch (*Pandekten* § 433 Not. 4) angenommen hat, vgl. Schilling, *Institutionen* § 431 Not. 2.

Fr. 188 § 1 de V. S. (50. 16):

40.

Cautum intellegitur, siue personis siue rebus cautum sit.

Wenn dagegen Ulpian in

Fr. 7 de praetor. stip. (46. 5):

— neque pignoribus quis, neque pecuniae uel auri uel argenti depositione in uicem satisfactionis fungitur,

die Pfandbestellung von der Deposition zum Behuf der Caution ausdrücklich zu sondern scheint, so ist anzuerkennen, daß unter „pignoribus“ bloß eigentliche, das Verkaufsrecht enthaltende Verpfändungen verstanden werden — zu Ulpian's Zeit war ja schon der Satz herrschend, daß mit dem Pfandvertrag ohne vorhergehenden besonderen Vertrag das Verkaufsrecht notwendig verbunden sei¹⁾ —, während sich der Schriftsteller scheute, neben dem pignus im nunmehr technisch gewordenen Sinn das materielle Recht des Gläubigers, welches nach dem Willen der Contrahenten dadurch entstehen sollte, daß von dem Schuldner eine Sache bei einem Dritten deponirt wurde, geradezu als Pfandrecht zu charakterisiren, da das Verkaufsrecht jedenfalls fehlte. Allein die Erinnerung an das Pfandrecht ohne Verkaufsrecht war auch zu Ulpian's Zeit noch nicht geschwunden. Das geht daraus hervor, daß noch spätere Juristen, „wenn es ihnen genau darauf ankam, das (Retention's-) Recht seinem Inhalt nach zu charakterisiren,“ sagten, „eine Sache dürfe zur Sicherung der Gegenforderung pignoris loco (oder geradezu pignoris nomine) behalten werden.“²⁾ Aehnlich erzeugt „die prätorische Einweisung in den Besitz ein Rechtsverhältniß, welchem die Verkaufsbefugniß in manchen Fällen völlig fremd ist und das dennoch (gerade von späteren Juristen) als pignus bezeichnet wird.“³⁾ Ebenso faßte man

¹⁾ ULPIAN Fr. 4 de pign. act. (13. 7). Vgl. Bachofen, Pfandrecht S. 174 ff. Keller in Richter's und Schneider's Jahrbüchern Jahrg. XI S. 1003.

²⁾ Dernburg, Compensation S. 14, 15. ULPIAN Fr. 13 § 8 de A.E.V. (19. 1). Fr. 31 § 8 de aedil. ed. (21. 1). PAULLUS Fr. 15 § 2 de furtis (47. 2). MARCIAN. Fr. 5 de dote praelegata (33. 4). SCAEVOLA Fr. 22 de hereditate uel actione uendita (18. 4).

³⁾ Bachofen a. a. O. S. 281 ff.

40. gewiß auch noch in späterer Zeit das materielle Recht des Gläubigers bei der Cautionsbestellung durch Deposition — wenn man es überhaupt zu analysiren bemüht war — als eine Art von Pfandrecht auf, was gerade daraus hervorgeht, daß Ulpian, indem er die Arten der Realcaution im Allgemeinen aufzählt, bloß *satisfactio* und *pignoris datio* (worunter dann natürlich auch das *Depositum* zum Behuf der Caution fällt) nennt, während er bei einer specielleren Auseinandersetzung wieder die eigentliche *cautio pignoribus* von der *cautio depositione* trennt. Immerhin konnte man sich dann die *depositio pignoris loco* mit einer *lex commissoria* verbunden denken und es ist so kein Grund anzunehmen, daß man bezüglich der Deposition des Streitgegenstands beim Sequester in der späteren klassischen Zeit wesentlich von der früheren Auffassung abgewichen sei. Freilich mochte unsere Anwendung der Sequestration zu Ulpian's Zeiten schon sehr selten geworden sein, da ja immer die alten naturgemäßen, einfachen und ursprünglichen Institute zu weichen beginnen, wenn die Jurisprudenz zu höherer Blüte sich entfaltet. Sollten aber auch die Römischen Juristen eine ausführlichere Betrachtung und eingehendere Behandlung des Instituts für nötig gehalten haben, so ist es doch leicht erklärlich, weshalb davon nichts in die Justinianischen Pandekten übergegangen ist. Die Anwendung der *lex commissoria* beim Pfandrecht — welche ja eine Hauptrolle bei unserer Analyse des Instituts spielt — war durch Constantin verboten worden. Schon deshalb würden etwaige Stellen juristischer Schriftsteller, welche das Verhältniß näher beleuchteten, von den Compilatoren nicht leicht aufgenommen worden sein, und dieß mit vollem Recht, da auch kein Bedürfniß vorhanden war, jenes Instituts noch weitläufig zu gedenken. Justinian hatte die Bedeutung des Compromissum wesentlich verändert, indem von ihm einem von den Parteien unterschriftlich anerkannten oder innerhalb zehn Tagen nach erhaltener Kenntniß davon nicht angefochtenen Spruch des Arbiters die Kraft von *res iudicata* mittelst *actio in factum* und *exceptio* ertheilt war.¹⁾ Nunmehr bedurfte es

¹⁾ C. 5 de receptis (2. 56) a. 530. Vgl. auch die Bestimmungen in C. 4 eod. a. 529 und Nou. 82 c. 11 a. 539.

weder der Pönalstipulationen, noch der Pfandgebung, um der 40. sententia des Arbitr dauernden Erfolg zu sichern. Auch mag die italische Sitte des pignus ponere — ebenso wie die Stipulation — keinen rechten Eingang auf griechischem Boden gefunden haben und damit die verwandte Sequestration des Streitgegenstands beim Arbitr aus dem Leben geschwunden sein, so daß es unnütz erschienen wäre, in die Gesetzbücher eine Abhandlung über ein antiquirtes Institut aufzunehmen.

§ 41.

Noch eine Pandektenstelle ist es, welche sich, wie ich meine, nach den obigen Ausführungen leicht erklären lassen wird.

Fr. 33 depositi (16. 3):

Labeo (libro VI^o Posteriorum a Iavoleno epitomatorum)

Servus tuus pecuniam cum Attio¹⁾ in sequestre deposuit apud Mevium, ea conditione, ut ea tibi redderetur, si tuam esse probasses: si minus, ut Attio²⁾ redderetur. Posse, dixi, cum eo, apud quem deposita³⁾ esset, incerti agere⁴⁾, id est ad exhibendum⁵⁾, et exhibitam⁶⁾ vindicare⁷⁾: quia servus in depo-
nendo tuum ius deterius facere non potuisset.⁸⁾

Ein Slave kann für den Herrn deponiren und der Herr hat dann die depositi actio.⁹⁾ In der Deposition allein liegt also die Minderung des Rechts des Herrn noch nicht. Ebenso wenig liegt eine solche an und für sich darin, daß der Slave über einen streitigen Gegenstand des dominus ein Compromißum eingeht, denn

¹⁾ Haloand. cum Titio *Ms. Bamberg. D II 1, D I 13* cum titio. *Ms. Bamb. D I 6* cum ticio.

²⁾ Haloand. ut Titio *Ms. II. D II 1* und *D I 13* ut titio. *Ms. I. D I 6* ut ticio.

³⁾ *Ms. Bamb. D I 13* posita.

⁴⁾ Haloand. agi.

⁵⁾ Haloand. idem et ad exhibendum *Ms. Bamb. D I 13* idem ad exhibendum.

⁶⁾ *Ms. Bamb. D II 1* et eam exhibitam.

⁷⁾ Haloand. vindicari.

⁸⁾ *Ms. Bamb. D II 1* non potuit.

⁹⁾ Ulpian Fr. 1 § 27 depositi (16. 3).

41. dadurch wird der Gegenstand nicht mehr zu einem streitigen, als er es schon ist. Wenn freilich der Slave nicht bloß compromittirt, sondern auch eine poena stipulirt, dann ist das Recht des Herrn geschmälert, denn derselbe läuft nun nicht bloß Gefahr, daß ihm die Sache abgesprochen werde, sondern daß er noch obendrein die Strafe verliere. Deshalb ist auch ein solches Compromißum nicht wirksam.¹⁾ Hat aber der Slave die streitige Sache bloß beim Arbitr deponirt, so kann hierin äußerlich betrachtet auch keine Verringerung des Rechts des Herrn erblickt werden: der Herr läuft immer nur Gefahr, daß ihm die Sache abgesprochen werde, eine Gefahr, die eben schon darin liegt, daß die Sache streitig geworden. Betrachten wir aber die Deposition der streitigen Sache als Pfandgebung, dann ist es einleuchtend, wo die Schmälderung des Rechts zu suchen ist. Die Verpfändung wird überall als eine Veräußerung angesehen, enthält also wirklich eine Minderung des Rechts des Herrn, wozu der Slave keine Befugniß hat. Das vom Slaven mit Attius abgeschlossene Compromißum ist daher unwirksam: Mevius ist, wenn der Herr des Slaven dessen Handlung nicht ratihabirt, weder Arbitr, noch Sequester, es kann also gegen ihn mit der actio sequestraria nicht geklagt werden. Ebenso wenig aber mit der actio depositi überhaupt, da der von Attius und dem Slaven auf der einen Seite mit Mevius auf der anderen Seite abgeschlossene Vertrag kein einfaches Depositum war. Es bleibt daher dem Herrn nichts übrig, als mit der actio ad exhibendum auf die Darstellung der deponirten Geldstücke zu bringen, welche letztere dann vindicirt werden können, oder aber, wenn die Darstellung unmöglich sein sollte, die Verurteilung des Mevius in das Interesse wegen verschuldeter Vorenthaltung des Geldes zu bewirken.

§ 42.

Ich will hier die Interpretation einer Stelle folgen lassen, welche zwar meine obige Ausführung nicht gerade unterstützt, doch

¹⁾ PAULLUS FR. 32 § 8 de receptis (4. 8).

aber den gegenwärtig zu behandelnden Fall der Sequestration vor- 42.
 auszufegen scheint.

Fr. 7 pr. depositi (16. 3):

ULPIANUS (libro XXX^o ad Edictum)

Si hominem apud se¹⁾ depositum, ut quaestio de eo haberetur, ac propterea uinctum, uel ad malam mansionem extensum, sequester soluerit misericordia ductus, dolo proximum esse, quod factum est, arbitror: quia cum sciret cui rei pararetur, intempestive misericordiam exercuit, cum posset non suscipere talem causam²⁾, quam decipere.³⁾

Zuerst drängt sich uns die Frage auf: Wie war der Rechtsfall gestaltet, den Ulpian vor Augen hatte? Ein Slave ist bei einem Sequester deponirt, ut quaestio de eo haberetur. Ist nun die Rede von einem wirklichen öffentlichen Kriminalprozeß gegen den Slaven? Gewiß nicht, denn dann würde man ihn nicht bei einer Privatperson deponirt haben, und am allerwenigsten wäre zu begreifen, warum da der Depositar Sequester hieße.

Es war Sitte bei den Römern, ihre Slaven, welche als Urheber, oder Mitschuldige, oder Mitwisser eines Verbrechens oder Delicts verdächtig waren, unter Anwendung von Marterwerkzeugen peinlich zu befragen, oft nur, um ein Zeugniß gegen Andere zu erhalten, mit oder ohne Beistand der öffentlichen Gewalt.⁴⁾

¹⁾ Ms. Bamb. D II 1 apud te.

²⁾ Mss. Bamb. D II 1, D I 13 cum possit magis non suscipere talem causam quam decipere; Dig. uet. Lugduni apud A. Vincentium 1541 cum posset non suscipere talem causam magis. Daß die Vulgathff. überhaupt „magis“ inseriren, bemerkt BRENNAN (Göttinger Ausgabe des Corp. iur. Not. 8 ad h. l.).

³⁾ Die Basilik. XIII. 2, 7 pr. (HEIMB. Tom. II p. 42) geben die Stelle wieder: Ἐὰν ὁ μεσεγγυητὴς δοῦλον λαβὼν δεδεμένον ἢ φυλαττόμενον, ἐπὶ τῷ ζήτησιν ἐμβίβανον ὑποστῆναι, λύσῃ οἰκτεῖρας, ἔοικε δόλῳ τὸ γεγονός.

⁴⁾ CICERO Oral. pro Rosc. Amerin. c. 18 i. f., c. 41; pro A. Cluentio cc. 63, 64, 65, 66; pro Milone c. 22; pro Deiotaro c. 1; Partit. orator. c. 35. QUINTILIAN. Declamat. 328. 338. 353. GAIUS I. 13. ULPIAN. Fragm. I. 11. IDEM Fr. 23 § 4 ad L. Aquil. (9. 2) und Fr. 15 § 41 de iniur. (47. 10). PAPINIAN. in Moss. et Romm. LL. collat. t. III c. 11. PAULLUS Sent. rec. V. 16, 1 3. Tit. D. de quaestionib. (48. 18), besonders Fr. 1 § 1 eod. Vgl. HEINECCIUS Antiquitatum Rom. iurisprudent. illustrant.

42. Ja sogar in Civilsachen kamen dergleichen Quästionen vor¹⁾ und der iudex konnte darauf interloquiren.²⁾ Der Herr brauchte die Untersuchung nicht gerade in eigener Person vorzunehmen: er konnte Andere damit beauftragen oder Anderen die Erlaubniß dazu geben.³⁾ Er war sogar gehalten, in den Angelegenheiten Anderer Quästionen mit seinen Slaven vornehmen zu lassen, wenn die Letzteren bereit waren, Vorstand für den möglicherweise erwachsenen Schaden zu leisten.⁴⁾ Nun ist in unserer Stelle jedenfalls eine von Privatpersonen angeordnete Quästion gemeint. Dieselbe wird nicht von dem Herrn selbst, sondern von einem Sequester vorgenommen. Sequester ist aber nur der, bei welchem Mehrere eine Sache deponiren, so daß dieselbe dem Einen oder dem Anderen (je nachdem ein gewisses Ereigniß eintritt oder nicht) zurückgegeben werden soll. Am einfachsten ist es, dabei an die Deposition einer streitig gewordenen Sache zu denken. Nehmen wir also an, der Slave ist zwischen A und B streitig und wird bei C deponirt mit der Weisung, daß er dem A oder B restituirt werden solle, je nachdem der Eine oder der Andere sein Eigenthum daran nachgewiesen haben würde. Wir hätten da einen Sequester als Arbiter, wie wir ihn bereits kennen gelernt haben. Allein hier ist ja der Slave deponirt, „ut quaestio de eo haberetur“, nicht damit über das Eigenthum an demselben eine Entscheidung gefällt werde. Doch läßt sich wohl eine Vereinigung finden. Möglich, daß der Slave im Besitz des A ist und daß dieser gegen denselben eine Quästion verhängt. B erhält davon Nachricht, behauptet, daß der Slave ihm gehöre und daß ohne seine Einwilligung die Quästion nicht statthaben dürfe. So entsteht ein Streit über das Eigenthum am Slaven. Aber die Vornahme der Quästion ist dringend und so compromittiren denn die Par-

syntagma (Ed. HAUBOLD. Francof. 1822) III. 25 Not. o und vor Allen CAR. SIGONIUS de iudiciis II c. 14.

¹⁾ PLAUTUS *Mostellaria* V. 1, 38 sq. u. 44. ULPIAN Fr. 23 § 4 ad L. Aquil. (9. 2).

²⁾ SCAEVOLA Fr. 2 de appellat. rec. (49. 5).

³⁾ ULPIAN. Fr. 15 § 34 de iniur. (47. 10); § 42 ibid. POMPONIUS Fr. 15 de conditione causa dat. (12. 4).

⁴⁾ ULPIAN. Arg. Fr. 1 § 18 de quaestionib. (48. 18). PAULLUS l. 1.

teilen dahin, die Entscheidung des Eigenthumsstreits einem Arbitr 42. zu überlassen, bei demselben den Sklaven zu deponiren und ihm zunächst die Vornahme der Quaestion zu übertragen. Dieser Auftrag unterliegt nach dem Obigen keinem Bedenken. Es ist, da beide streitende Theile auf das Eigenthum Anspruch machen und Beide den Auftrag zur Quaestion gegeben haben, jedenfalls die Einwilligung Dessen vorhanden, der im gegenwärtigen Prozeß als dominus anerkannt werden wird.

Doch ein Zweifel könnte uns hier aufsteigen. Man hat behauptet¹⁾, die ganze Kriminaljurisdiction des Herrn gegen den Sklaven habe sich bloß auf diejenigen Verbrechen bezogen, „welche gegen die eigenen Herrn, nicht aber auf diejenigen, welche gegen fremde Herrn oder gegen den Staat selbst begangen worden waren.“ Wäre dieß auf alle Quaestiones gegen Sklaven zu beziehen, so würde meine obige Annahme unrichtig sein, denn dann könnte, wenn das Vergehen gegen A gerichtet war und B sein Eigenthum an den Sklaven nachwies, eine Quaestion nur von der öffentlichen Behörde gegen Letzteren vorgenommen werden. Allein die für jene Behauptung citirten Stellen sind durchaus nicht beweisend. Fr. 12 §§ 3. 4 de accusationibus (48. 2) zeigt nur, daß gegen Sklaven ein wirklicher öffentlicher Kriminalprozeß möglich war: von einer „ausdrücklichen“ Aufhebung der Strafgewalt des Herrn in gewissen Fällen ist ebensowenig etwas zu finden, wie in C. 4 C. I. ad L. Iuliam de ui (9. 12), C. 2 C. I. de accusationib. et inscriptionib. (9. 2), C. 13 eod., C. 14 C. Th. de accusationib. (9. 1). Höchstens ließe es sich vertheidigen, wenn man behauptet, daß bei Verbrechen gegen den Staat die Strafgewalt des Herrn ausgeschlossen gewesen sei. Bei allen anderen gegen Privatpersonen gerichteten Vergehen aber stand es dem Verletzten, gerade so gut wie er auf alle Strafe verzichtete und die Anklage unterlassen konnte, frei, sich anstatt an den öffentlichen Richter an den Herrn des Sklaven zu wenden und sich mit der Bestrafung durch diesen zu begnügen. Uebrigens reden die sämtlichen oben angeführten Stellen nur von wirklichen

¹⁾ Geib, Geschichte des Röm. Kriminalprozesses. Leipz. 1842. S. 84 u. 232.

42. Kriminalprozeß gegen Sklaven, der Begriff der Quaestionen aber ist viel weiter, und angenommen, daß jene gegnerische Behauptung, die Herrn hätten eine Strafe wider die Sklaven nur wegen der gegen sie selbst gerichteten Vergehen aussprechen können, richtig wäre, würde das noch nicht ausschließen, daß von den Herrn auch wegen anderer Vergehen eine Quaestion gegen die Sklaven verhängt werden konnte. Wie dies wirklich geschah, ergibt sich aus dem 63. Kapitel der Rede Cicero's pro Cluentio. Cassia kauft vom A. Rupilius, dem ehemaligen Arzt des Oppianicus, den Sklaven Strato, um gegen denselben eine Quaestion über den Tod des Oppianicus zu veranstalten. Dieser Sklave wird also einer Privatquaestion unterworfen wegen der Mitschuld oder Mitwissenschaft an einem Verbrechen, das gegen einen Anderen als seinen Herrn gerichtet war. Weitere Beispiele von solchen Quaestionen werden sich nicht schwer auffinden lassen. Selbst das Fr. 15 de conditione causa data (12. 4) von Pomponius¹⁾ scheint nur eine solche priuata quaestio vor Augen zu haben. Auch die Worte des prätorischen Edicts in Fr. 15 §§ 34 und 43 de iniur. (47. 10) sind so allgemein, daß recht gut daraus geschlossen werden kann, iussu domini hätten von Privatpersonen Quaestionen aller Art, also nicht bloß wegen der wider den dominus gerichteten Vergehen vorgenommen werden können.

Wir wollen demnach das Bedenken als beseitigt ansehen und bei der obigen species facti stehen bleiben. Daß in unserem Fall dem Sequester die Vornahme der Quaestion übertragen war, unterliegt keinem Zweifel. Das beweisen die Worte: „hominem apud

¹⁾ Quum seruus tuus in suspicionem furti Attio uenisset, dedisti eum in quaestionem sub ea causa, ut, si id repertum in eo non esset, redderetur tibi; is eum tradidit Praefecto uigilium quasi in facinore deprehensum; Praefectus uigilium eum summo supplicio affecit; ages cum Attio, dare eum tibi oportere, quia et ante mortem dare tibi eum oportuerit. Labeo ait, posse etiam ad exhibendum agi, quoniam fecerit, quominus exhiberet. Sed Proculus dari oportere ita ait, si fecisses eius hominem; quo casu ad exhibendum agere te non posse, sed si tuus mansisset, etiam furti te acturum cum eo, quia re aliena ita sit usus, ut sciret, se inuito domino uti, aut dominum, si sciret, prohibitorium esse.

se depositum, ut quaestio de eo haberetur“, sowie der Umstand, 42. daß der Slave bereits zur mala mansio gebracht war, die als ein Grad der Tortur zur Quaestio selbst mitgehörte.¹⁾ Wenn nun der Sequester den ihm zur Quaestio überlieferten Slaven aus Mitleiden freiläßt, so verletzt er seine Pflicht. Sein Motiv war an sich nicht verwerflich, er handelte nicht so, weil er etwa beabsichtigt hätte, den streitenden Theilen einen Schaden zuzufügen; aber er wußte, wozu der Slave bei ihm deponirt war (cui rei pararetur), er wußte, daß von demselben Auskunft erwartet wurde vielleicht über sehr wichtige Dinge; den Geldwert des Slaven konnte er ersetzen, der Verlust aber, welcher dadurch erwuchs, daß die Quaestio vereitelt wurde, war vielleicht gar nicht in Geld anzuschlagen. Das Alles mußte der Sequester, als er seinem unzeitigen Mitleiden folgte, bedenken und pflichtgemäß überlegen. Deshalb ist es gewiß nicht zu viel, wenn Ulpian sagt, es liege von Seiten desselben gewissermaßen dolus vor: „quum posset non suscipere talem causam [potius], quam decipere.“²⁾ Diese letzten Worte sollen die Handlung des Sequester in Parallele stellen mit

¹⁾ LABEO Fr. 15 § 41 de iniuriis (47. 10): Quaestionis uerbo etiam ea, quae malam mansionem dicunt, continebitur. Die Basilik. LX. 21, 14 (HEIMBACH t. V p. 630) übersetzen: Κουεστίων δέ ἐστι καὶ τὸ ἐμβάλειν τοὺς πόδας ἐν ὕλῳ. Trotz dieser klaren Beschreibung der mala mansio ist viel über jenen Ausdruck gefaselt worden. SCIPIO GENTILIS Parergor. ad Pand. I. 39 (in OTTONIS Thes. t. III col. 1313) will darunter die bei PLAUTUS Aulularia II. 5, 21 erwähnte poena putei verstehen. GUIL. FORNERIUS Selectionum lib. II c. 1 (in OTTONIS Thes. t. II col. 45) hält die mala mansio für ein strenges Untersuchungsgefängniß mit Fesseln. Besser wollen Andere die mala mansio schon auf einen wirklichen Grad der Tortur beziehen. Vgl. CUIAC. Obseruat. IX. 37. DIONYS. GOTHOFREDUS ad Fr. 7 pr. depositi (16. 3). HEINECCIUS, Zusatz zu BRISSON. de V. S. s. u. malus § 2. DIRKSEN Manuale s. u. mansio § 2.

²⁾ Trotz der abhelfenden Lesarten der Vulgathff. (s. ob. S. 91 Not. 2) habe ich es nicht für nötig gefunden, den Text der Florentina zu ändern, da es bei ULPIAN nichts Seltenes ist, daß in ähnlichen Constructionen potius oder magis fehlt. S. den Nachweis bei ANTONIUS AUGUSTINUS Emendationum I. III c. 8 (OTTONIS Thesaur. t. III col. 1537) Vgl. auch SCHULTING-SMALLENBURG Not. ad Pand. zu Fr. 7 pr. depositi (16. 3) Not. 1 und namentlich zu Fr. 2 § 1 d. R. C. (12. 1) Not. 8.

42. einem Fall des evidenten Dolus: mit der absichtlichen Uebervorteilung der Parteien. Wenn sich auch der Sequester bei Freilassung des Slaven gedacht hatte, er wolle die Verpflichtung übernehmen, für allen Schaden und Nachtheil einzustehen, der aus seiner eigenmächtigen Handlungsweise erwachsen möchte, so konnte er doch, da der Nachtheil möglicherweise ein unschätzbarer war, indem nun die Erforschung der Wahrheit unmöglich oder bedeutend erschwert blieb, jene Verantwortlichkeit ebensowenig übernehmen (*quum posset non suscipere [magis]*), als er befugt war, die Depositare des Slaven auf andere Weise zu hintergehen.¹⁾

B. Die Sequestration als prozessualisches Cautionsmittel.

a) Sequestration des Streitobjects als cautio indicio sisti.

§ 43.

Wenn ein plötzlicher Streit über das Eigenthum oder den Besitz an einer *res mobilis* zwischen Personen entsteht, die sich wenig trauen, ein augenblickliches Anhängigmachen der Sache bei dem Richter aber wegen ungelegener Zeit oder ungünstigen Orts nicht thunlich ist, da ist es nötig, daß die Streitenden ein Mittel ausfindig machen, wodurch die Besorgniß, der Gegner werde sich durch die Flucht oder sonst wie der gerichtlichen Verfolgung entziehen, entfernt und ihnen die Möglichkeit, ihr Recht später geltend zu machen, gesichert wird. Ein solches Mittel ist die Bestellung von zuverlässigen Bürgen für das Versprechen, vor Gericht zu erscheinen. Dieß ist aber nur anwendbar, wenn die ihre Anwesenheit vor Gericht zusagende Partei taugliche Bürgen finden kann. Hat sie an dem Ort, wo sie belangt wird, keine Freunde und Bekannten oder ist es zu umständlich, dieselben erst aufzusuchen, so bleibt es das Einfachste, den streitigen Gegenstand bei einem Vertrauensmann zu deponiren, der denselben bis zur gerichtlichen Anhängigmachung der Sache bewahren soll. Einen solchen Fall erzählt in ergötzlicher Weise

¹⁾ Vgl. übrigens von Weitem Fr. 7 § 7 de dolo (4. 3).

PETRONIUS ARBITER Satyric. cc. 12 sqq.¹⁾:

43.

Cap. 12. Veniebamus in forum deficiente iam die, in quo notauimus frequentiam rerum uenialium, non quidem preciosarum, sed tamen, quarum fidem male ambulantes obscuritas temporis facillime tegeret. Quum ergo et ipsi raptum latrocinio pallium detulissemus, uti occasione opportunissima coepimus atque in quodam angulo laciniam extremam concutere, si quem forte emptorem splendida uestis posset adducere. Nec diu moratus rusticus quidam, familiaris oculis meis cum muliercula comite propius adcessit, ac diligentius considerare pallium coepit; inuicem Ascylos iniecit contemplationem super humeros rustici emptoris, ac subito exanimatus conticuit. Ac ne ipse quidem sine aliquo motu hominem conspexi: nam uidebatur ille mihi esse, qui tuniculam in solitudine inuenerat. Plane is ipse erat. Sed cum Ascylos timeret fidem oculorum, ne quid temere faceret, prius tamquam emptor propius adcessit, detraxitque humeris laciniam et diligentius tenuit.

Cap. 13. O lusum fortunae mirabilem! Nam adhuc nec suturae quidem attulerat rusticus curiosas manus, sed tamquam mendici spoliū etiam fastidiose uenditabat. Ascylos, postquam depositum esse inuolatum uidit, et personam uendentis contemptam, seduxit me paullulum a turba et: „Scis, inquit, frater, rediisse ad nos thesaurum de quo querebar? Illa est tunicula adhuc, ut adparet, intactis aureis plena. Quid igitur facimus; aut quo iure rem nostram uindicamus?“ Exhilaratus ego, non tantum quia praedam uidebam, sed etiam quod fortuna me a turpissima suspitione dimiserat, negaui circuitu agendum, sed plane iure ciuili dimicandum, ut, si nollet alienam rem domino reddere, ad interdictum ueniret.

Cap. 14. Quid faciant leges, ubi sola pecunia regnat,

Aut ubi paupertas uincere nulla potest?

Ipsi, qui Cynica traducunt tempora coena,

Nonnumquam nummis uendere uerba solent.

¹⁾ Nach der zweiten Ausgabe des PETR. BURMANNUS. Amstelod. 1743.
Wutther, Sequester.

43. Ergo iudicium nihil est, nisi publica merces,

Atque Eques, in caussa qui sedet, empta probat.

Contra Ascylos leges timebat: „Et quis, aiebat, hoc loco nos nouit? aut quis habebit dicentibus fidem? Mihi plane placet emere, quamuis nostrum sit, quod agnoscimus, et paruo aere recuperare potius thesaurum, quam in ambiguam litem descendere.“ Sed praeter unum dupondium, quo cicer lupinosque destinaueramus mercari, nihil ad manum erat. Itaque ne interim praeda discederet, uel minoris pallium addicere placuit, ut pretium maioris compendii leuiorem faceret iacturam. Quum primum ergo explicuimus mercem, mulier operto capite, quae cum rustico steterat, inspectis diligentius signis, iniecit utramque laciniae manum, magnaeque uociferatione, latrones tenere clamauit. Contra nos perturbati, ne uideremur nihil agere, et ipsi scissam et sordidam tenere coepimus tunicam, atque eadem inuidia proclamare, nostra esse spolia, quae illi possiderent. Sed nullo genere par erat causa nostra, et conciones, quae ad clamorem confluerant, nostram, scilicet de more, ridebant inuidiam; quod pro illa parte uindicabant pretiosissimam uestem, pro hac pannuciam ne centonibus quidem bonis dignam. Hinc Ascylos paene risum discussit: qui, silentio facto:

Cap. 15. „Videmus, inquit, suam cuique rem esse carissimam; reddant nobis tunicam nostram, et pallium suum recipiant.“ Etsi rustico, mulierique placebat permutatio, aduocati tamen iam paene nocturni, qui uolebant pallium lucrifacere, flagitabant, uti apud se utraque deponerentur, ac postero die iudex querelam inspiceret. Neque enim res tantum, quae uiderentur, in controuersiam esse, sed longe aliud quaeri, in utra parte scilicet latrocinii suspicio haberetur. Iam sequestri placebant, et nescio quis ex concionibus, caluus, tuberosissimae frontis, qui solebat aliquando et causas agere, inuaserat pallium, exhibiturumque crastino die adfirmabat. Ceterum adparebat nihil aliud quaeri, nisi ut semel deposita uestis inter praedones strangularetur, et nos metu criminis non ueniremus ad constitutum. Idem plane et nos uolebamus. Itaque utrius-

que partis uotum casus adiuuit. Indignatus enim rusticus, 43. quod nos centonem exhibendum postularemus, misit in faciem Ascyli tunicam et liberatos querela iussit pallium deponere, quod solum litem faciebat. Ergo recuperato, ut putabamus, thesauro in deuersorium praecipites abimus, praecclusisque foribus, ridere acumen non minus concionum, quam calumniantium, coepimus, quod nobis ingenti calliditate pecuniam reddidissent.

Nolo, quod cupio, statim tenere.

Nec uictoria mi placet parata.

Die Freunde Ascyli und Encolpi kommen gegen Abend, wo es schon dunkelt und die Gerichtszeit vorüber ist¹⁾, auf das Forum. Da entsteht der Streit über das Pallium und die Tunica und die „aduocati iam paene nocturni“ geben den Rat „ut apud se utraque deponerentur, ac postero die iudex querelam inspiceret.“ Die Sequestration soll also geschehen, bis der Eigenthums- oder Besitzprozeß über die Tunica und das Pallium anhängig gemacht sei. Der Streit über die Tunica wird durch die vorschnelle Zurückgabe derselben durch den Bauer geendet. Zu der Sequestration des Pallium aber werden die Parteien fast wider ihren Willen durch die Umstände gebrängt. Der sich als Sequester Aufdrängende nimmt dasselbe in Beschlag und verspricht es am folgenden Tag (vor dem Magistrat) zu exhibiren. Daß die Freunde sich dadurch, daß sie den Besitz der Tunica wiedererhalten haben, vollkommen befriedigt fühlen und am anderen Tag jedenfalls nicht vor dem Magistrat erscheinen werden, ist eine Sache für sich, die uns hier nicht weiter berührt. Interessant aber bleibt es, die juristische Vorstellung des Petronius zu zergliedern. Jedenfalls dachte er zunächst an einen Besitzprozeß. Dies geht aus den Schlußworten des cap. 13 hervor, wo Ascyli nach Entdeckung der Tunica bei dem Bauer fragt: „Quid igitur faciamus; aut quo iure rem nostram uindicamus?“, worauf Encolpi entgegnet: „Plane iure ciuili dimicandum, ut, si nollet alienam rem

¹⁾ Lex XII tabular.: „Sol occasus suprema tempestas esto.“ Vgl. GELLIIUS Noct. Att. XVII. 2. FESTUS s. u. supremum (Cod. Farn. p. 114).

43. domino reddere, ad interdictum ueniret.“ Die Absicht Beider ist, das Eigenthum an der Tunica geltend zu machen. Vielleicht aber sind sie über den rechtlichen Erwerb derselben selbst nicht recht im Klaren. Es entsteht also die Frage: Wie hat man eine Vindicatio einzurichten, um am besten zum Ziel zu gelangen? Soll man sich auf den Usucapionsbesitz berufen und so die prätorische actio Publiciana anstellen, oder soll man es geradezu auf einen wirklichen Eigenthumsprozeß ankommen lassen? Das Letztere hält Encolp für das Gerathenere: „plane iure ciuili dimicandum.“ Ascylt hatte die Frage jedenfalls mit Rücksicht auf die Beweislast aufgeworfen: die actio Publiciana erschien zuträglicher, wegen des leichteren Beweises. Encolp aber hielt den Eigenthumsprozeß auch in dieser Beziehung für gerathener: man braucht ja nicht selbst die rei vindicatio anzustellen und so den schwierigen Eigenthumsbeweis zu übernehmen, man fordert einfach den Gegner auf, die Sache herauszugeben. Thut er dieß nicht, so verschafft man sich durch das interdictum utrubi den Besitz derselben:

UTRUBI HAEC TUNICA D. Q. A., APUD QVEM MAIORE PARTE HVIUS ANNI FUIT, QVOMINVS IS EAM DVCAT, VIM FIERI VETO.¹⁾

Dies konnte nicht schwer fallen, da der Bauer jedenfalls nur seit wenigen Tagen in dem Besitz der Tunica ist und daher den Freunden der Nachweis des Besitzes per maiorem partem huiusce anni leicht fallen wird. Haben sie aber erst den Besitz erlangt, dann muß der Gegner vindiciren und den Beweis seines Eigenthums führen, der ihm wahrscheinlich nicht gelingen wird, so daß die Freunde die Tunica behalten können. Ueberhaupt liegt ihnen ja nur an dem Besitz, damit sie die in der Tunica verborgene Geldsumme herausnehmen können. Diesen Besitz können sie sich aber leicht verschaffen, wenn sie nur den Gegner, sobald der Interdictenprozeß eingeleitet wird, bei der fructus licitatio²⁾ überbieten.

¹⁾ GAIUS III. 160 vgl. mit Fr. un. de utrubi (43. 31).

²⁾ Daß diese selbst, oder eine derselben parallel gehende und sie ersetzende Handlung bei dem interdictum utrubi gebräuchlich war, läßt sich, trotzdem daß die Darstellung des GAIUS III. 166 ff. nur auf das interdictum U. P. gerichtet ist, nicht bezweifeln. Vgl. KELLER in der Zeitschrift für geschichtliche Rechts-

Ueberall also stellt sich für sie der Interdictenprozeß als der günstige^{43.} dar. Daß dieß die Gedanken des Petronius seien, geht aus seiner Darstellung ziemlich deutlich hervor. Die Worte des Aescylt: „quo iure vindicamus?“ enthalten die Frage: „Auf welchen Rechtsgrund, auf den civilen (Eigenthum), oder den prätorischen (Usucapionsbesitz), gestützt wollen wir klagen?“ Darauf die Antwort des Encolp: „Wir nehmen geradezu ohne Umschweife das civile Recht, das Eigenthum, in Anspruch (negau circuitu agendum, sed plane iure civili dimicandum)¹⁾, damit, wenn der Gegner sich weigert, die ihm nicht gehörige Sache auf unsere (der Eigenthümer) Aufforderung herauszugeben, er mittelst des Interdicts sich belangen lassen muß.“ Dabei erklären sich die Worte „ad interdictum ueniret“ gar wohl, wenn man sie so auf faßt, als ob es hieße „ut — ad interdictum [a Praetore reddendum] ueniret“: „so daß er (der Gegner) — zu dem Interdictenprozeß vor dem Prätor erscheinen muß.“

§ 44.

Unsere Stelle hat den Auslegern viel zu schaffen gemacht, hauptsächlich weil man das iure civili dimicandum oft mit dem ad interdictum ueniret zusammenbrachte und daraus schließen wollte, Petronius verstehe unter dem iure civili dimicare auch den prätorischen Interdictenprozeß. Man stützt sich dabei²⁾ auf die sowohl kritisch als ihrem Inhalt nach so schwierige Stelle bei

wissenschaft. Bd. 11 S. 320. Rudorff ebendas. S. 353 ff. R. A. Schmidt, das Interdictenverfahren der Römer. Leipz. 1853 S. 297.

¹⁾ Dimicare ist wohl nicht mit Hinblick auf den beabsichtigten Prozeß, sondern auf die zunächst folgenden Privatverhandlungen unter den Parteien gebraucht. Der Satz ist dann so zu verstehen, als ob stünde sed plane *de iure civile* dimicandum. Dadurch wird der Zusammenhang zwischen Frage und Antwort recht klar. Aescylt fragt: „Wie wollen wir die Sache vindiciren, mit der rei vindicatio, oder mit der actio Publiciana?“ Darauf Encolp: „Gar nicht vindiciren, sondern das Eigenthum in Anspruch nehmen, damit wir, wenn der Gegner sich weigert, die Sache herauszugeben, das Interdictum anstellen können.“

²⁾ J. B. Cuiacius Obseruat. V. 17.

44. CICERO Orat. pro Caec. c. 12 § 35:

Quid ad causam possessionis? quid ad restituendum eum, quem oportet restitui? quid denique ad ius civile aut ad actoris notionem et animaduersionem ages iniuriarum?¹⁾

Den Sinn der Worte hat aber schon Savigny²⁾ richtig getroffen, wenn er sagt: „Bei aller Schwierigkeit dieser Stelle ist es klar, daß Cicero sagen will: die Injuriensache steht mit der Restitution des Besitzes, also mit dem ius civile in keiner Verbindung: er scheint also das Interdict in das ius civile zu setzen. Da indessen die Injurie, von welcher hier die Rede ist, seit der lex Cornelia ein crimen publicum war, so ist es offenbar, daß das Civilrecht hier dem Kriminalrecht entgegengesetzt wird; in diesem Sinn gehört unstreitig das ganze Edict in das ius civile, aber für die andere Bedeutung von ius civile läßt sich daraus nichts beweisen, ja sogar wird kurz vorher von Cicero selbst diese andere Bedeutung gebraucht.“ Diese Erklärung wird dadurch unterstützt, daß überhaupt ius civile oft im Gegensatz zum ius publicum, also auch zum Strafrecht, steht.³⁾ In unserer Stelle des Petronius kann aber an diesen Gegensatz nicht gedacht werden, da die Worte des Aschyl: „Quo iure rem nostram vindicamus?“ jeden Gedanken an eine etwa beabsichtigte kriminelle Verfolgung des Diebstahls ausschließen. Wenn übrigens Savigny die Benutzung unserer Stelle für den Satz, das interdictum sei in das ius civile zu setzen⁴⁾, dadurch unmöglich machen will, daß er behauptet: „Das Natürlichste (sei) wohl, dem Petron überhaupt alle Auctorität abzuspochen, wo es auf einen juristischen Sprachgebrauch ankomme, der durch ältere und neuere Schriftsteller als Petron so fest bestimmt“, so behandelt er

¹⁾ Die verschiedenen Versuche, den Text dieser Stelle zu verbessern, s. bei KELLER Semestr. ad M. T. CICERONEM Vol. I p. 464 sqq. Not. 131—134 und ebenbaselbst die KELLER'sche Emendation: „Quid ad cau. po.? quid ad rest. e. q. o. restitui? Quid denique ad ius civile? At ad notionem atque animaduersionem ages iniuriarum.“

²⁾ Das Recht des Besitzes. 6. Aufl. § 7 S. 63 ff.

³⁾ Böcking, Pandekten-Institutionen. 1. Bd. § 4 Not. 1 S. 5 ff.

⁴⁾ A. a. D. S. 64. Vgl. auch S. 499.

den Satyriker doch wohl etwas zu leicht. Petronius ist ein 44. scharfer und feiner Kenner der Sitten seiner Zeit, dem auch, wie aus mehr als einer seiner gelegentlichen Bemerkungen hervorgeht, die Rechtszustände seiner Nation nicht so unbekannt geblieben waren, wie Savigny meint. Und dieß ist bei der selbst in die unteren Volksklassen sich erstreckenden allgemeinen juristischen Bildung der Römer erklärlich, selbst wenn man annimmt, daß der Verfasser des Satyricon nicht identisch sei mit dem von Tacitus (Annal. XVI cc. 17—20) geschilderten C. Petronius, der nicht nur am Hof des Nero entscheidender Ratgeber für die Lüste und Vergnügungen des Kaisers, sondern auch Consul in Rom und Proconsul in Bithynien war und somit von Rechts-sachen wohl so viel Bescheid wissen mußte, daß er einen Unterschied zu machen verstand zwischen *ius civile* und *ius praetorium*.¹⁾

¹⁾ Die besonders seit HENRIC. und HADR. VALESIUS erhobenen Zweifel über die Person und das Zeitalter des PETRONIUS (Vgl. FABRICIUS Biblioth. Lat. Hamb. 1708. I. II c. 11 p. 385 Not. a), welche bis dahin gestiegen waren, daß Niebuhr (Kleine histor. und philolog. Schriften I S. 344) sagen konnte: „— Die Meinung, daß der Dichter PETRONIUS Nero's Zeitgenosse gewesen sei, (gehört) wohl zu den Vorurtheilen des unmündigen Zeitalters der Philologie“, sind in neuerer Zeit beseitigt worden durch die gründliche Abhandlung von G. Stuber (im Rhein. Museum für Philologie. Neue Folge. Jahrg. 1843 S. 50 ff. u. S. 202 ff.), welcher auch F. Ritter (ebendaf. S. 561 ff.) beistimmt, nur daß er nachweist, wie unmöglich die Angabe des TACITUS über eine Schrift des PETRONIUS auf das Satyricon bezogen werden könne, weshalb er zwei Schriften des Satyrikers unterscheidet: eine größere, das Satyricon, in glücklichen Tagen zur Belustigung des Nero geschrieben, und eine andere, im Gefängniß kurz vor dem Tod abgefaßt, welche ein Verzeichniß der geheimen Schändlichkeiten Nero's enthielt und, an diesen versiegelt übersendet, von demselben vernichtet wurde. Diese Meinung, welche den Stempel innerer Wahrscheinlichkeit an sich trägt und am leichtesten mit den historischen Ueberlieferungen vereinbar ist, scheint mir die richtige zu sein, besonders da auch R. Eckermann (Hallische Encyclopädie III. 19 Art.: PETRONIUS), welcher der Stuber'schen Ausführung überhaupt, und W. Teuffel (Rhein. Museum für Philolog. Jahrg. 1846 S. 511 ff.), welcher derselben in Bezug auf die Identität des Taciteischen PETRONIUS mit dem Satyriker entgegentritt, keine neuen Gründe für ihre abweichenden Ansichten haben aufbringen können.

§ 45.

45. Kehren wir aber zu der Stelle selbst zurück. Bei dem Gedanken eines Interdictenprozesses bleibt Petron stehen, wenn er weiter erzählt, daß jenes anständige Freundespaar, dessen Erlebnisse er erzählt, durch die Ungunst des Schicksals beinahe gezwungen worden wäre, bis zur gerichtlichen Entscheidung die für dasselbe so wertvolle *Tunica* in die Hände eines Sequester zu legen. Die „*aduocati iam paene nocturni*“ fordern: „*uti apud se utraque (Pallium und Tunica) deponerentur ac postero die iudex querelam inspiceret.*“ Die folgenden Worte: „*neque enim res tantum, quae uiderentur, in controuersiam esse, sed longe aliud quaeri, in utra parte scilicet latrocinii suspicio haberetur*“ könnten auf den Gedanken führen, Petron verstehe unter der querela überhaupt nicht eine privatrechtliche Geltendmachung, sondern eine Kriminalanklage. Allein die Worte „*neque enim res tantum, quae uiderentur, in controuersiam esse*“ zeigen, daß es sich doch zunächst um den privatrechtlichen Streit handelt, und das Folgende: „*sed longe aliud quaeri, in utra parte scilicet latrocinii suspicio haberetur*“, daß durch die bevorstehende gerichtliche Verhandlung nicht der Thatbestand des Verbrechens förmlich untersucht, sondern nur gelegentlich offenbart werden soll, auf wem der Verdacht eines Raubs lastet. Auf diesen Verdacht hin kann dann möglicherweise in Folge einer Anklage oder auch von Amtswegen¹⁾ ein Kriminalprozeß gegen den vermutlichen Räuber eröffnet werden, zunächst aber ist nur an einen Civilprozeß zu denken. Dieß zeigt auch der Satz: „*Ceterum adparebat, nihil aliud quaeri, nisi ut semel deposita uestis inter praedones strangularetur, et nos metu criminis non ueniremus ad constitutum.*“ *Crimen* bedeutet so viel als Kriminalanklage²⁾; *constitutum* bezeichnet den von den Parteien durch Verabredung festgesetzten Termin vor dem Magistrat³⁾, der ganze Satz ist also

¹⁾ Geib, Geschichte des Röm. Kriminalproz. S. 525 ff.

²⁾ Vgl. DIRKSEN Manuale s. u. crimen § 1.

³⁾ In dieser Bedeutung kommt *constitutum* vor bei VARRO d. R. R II 5, 1

zu übertragen: „Uebrigens war klar, daß nichts Anderes beabsichtigt werde, als daß — wir aus Furcht vor einer Kriminalanklage nicht zu dem (ersten) verabredeten Termin in der anhängig zu machenden Streitsache erschienen.“ Aus Allem geht hervor, daß die Sequestration deshalb geschehen sollte, um das Erscheinen der streitenden Theile vor dem Prätor zur festgesetzten Zeit gegenseitig zu sichern. Dabei giebt es ein gutes Zeugniß für die juristische Bildung des Petron, daß er von seinem Sequester versprechen läßt: „*exhibiturum crastino die*.“ Inwiefern eine andere Einkleidung des Versprechens leicht gefährlich wurde, soll unten gezeigt werden.¹⁾ Doch sei noch bemerkt, daß gerade bei einem Besitzprozeß das Versprechen des Sequester, die streitige Sache vor dem Magistrat zu exhibiren, vollständigst genügte, indem dort durch die *fructus licitatio* entschieden wurde, wer den vorläufigen Besitz bekommen solle.

§ 46.

Sequestrationen der Art, wie wir eben eine aus klassischem Beispiel kennen lernten, mögen häufig vorgekommen sein und sie haben keine geringe prozessualische Bedeutung. In den Rechtsquellen finde ich nur eine Stelle, welche entschieden von ihnen handelt, und das ist das schon oben²⁾ besprochene Fr. 5 § 1 *depositi* (16. 3). Dort hat auch der Sequester versprochen: „*exhibiturum se*“, und es wird, nach Beleuchtung der Möglichkeit, daß die Exhibition an einem bestimmten Ort oder an verschiedenen Orten vertragsmäßig geschehen könne, ausgesprochen: Ohne eine solche Verabredung muß der Sequester auf vorgängige Aufforderung vor dem Prätor exhibiren. Wozu diese letztere Bestimmung, wenn nicht an die Sequestration einer streitigen Sache gedacht würde, die vor dem Prätor deshalb exhibirt werden muß, damit der Besitzstand geordnet werde? Was die Festsetzung eines

(GESSNER I p. 272). CICERO pro Coelio c. 8. Vgl. auch Cic. pro Caec. c. VII. Epistul. ad diuers. VII. 4. Uebershaupt BRISSONIUS de V. S. h. u. § 7.

¹⁾ Vgl. § 50.

²⁾ § 29 S. 60.

46. bestimmten Orts zur Exhibition betrifft, so hat Ulpian dabei an Fälle gedacht, wo die in Streit gerathenen Parteien ausgemacht hatten, ihre Sache vor einem anderen Richter als dem Prätor, oder vor einem Arbitr zu verhandeln. Ueberall aber wird nur von Exhibition, durchaus nicht von Restitution der streitigen Sache gesprochen und es ist falsch, wenn man die Stelle mitunter von letzterer verstanden hat.¹⁾ Es ließe sich dann nicht leicht eine Vereinigung mit Fr. 12 § 1 depositi (16. 3) finden, wie es denn auch unerklärlich wäre, warum der Sequester ohne besondere Vertragsbestimmung gerade bei dem Prätor exhibiren sollte. Uebrigens ist es kein Zweifel, daß hier der Fall einer wirklichen und wahren Sequestration vorliegt. Denn wenn auch der Sequester nur versprochen hat zu exhibiren, so muß er doch, wie schon oben bemerkt, nach der Exhibition, die zu dem Behuf geschieht, daß beide Theile ihr Recht an der Sache geltend machen, der (z. B. in der fructus licitatio) obsiegenden Partei restituiren, um seiner Verbindlichkeit aus dem Realcontract zu genügen. Daß dieß so sein solle, brauchte bei Abschluß des Geschäfts mit dem Sequester gar nicht ausdrücklich bestimmt zu werden. Das ganze Institut war in der Volkssitte und Uebung begründet. Und wie es da feststand, daß der Sequester auch ohne besondere Verabredung vor dem Prätor zu exhibiren habe, so wurde es auch als stillschweigende Vertragsbestimmung angesehen, daß der einen oder der anderen Partei, je nach dem Eintritt oder Nichteintritt der bei den Contracten mit dem Deponenten ebenfalls sich von selbst verstehenden Bedingungen, zu restituiren sei.

§ 47.

Die Einleitungsart des prozeßualischen Verfahrens, welche uns in der Stelle des Petron entgegentrat, unterscheidet sich wesentlich von den uns bekannten. Es ist nirgends von einer förmlichen in ius uocatio die Rede. Eine solche wäre auch gar nicht am Platz. Es ist gegen Abend, wo die Geschäfte auf dem Forum schon ruhen, an ein sofortiges, vielleicht

¹⁾ So die Gloss. *In sequestrum*] ad Fr. 5 § 2 depositi (16. 3).

gewaltsam zu erzwingendes Erscheinen vor dem Magistrat also 47. gar nicht zu denken. In solchen Fällen pflegte man sich dadurch zu helfen, daß der Beklagte sich sofort mit dem Kläger verständigte, oder daß er einen *uindex* stellte.¹⁾ Nun treten bei Petron beide Parteien mit Ansprüchen auf, beide sind Kläger, beide Beklagte: es müßte also, wenn keine Verständigung erfolgt, eine doppelte in *ius uocatio* vorgenommen werden, und es wären hin und zurück *uindices* zu geben. Sich zu verständigen, haben die Parteien zwar Lust, doch die Umstände verhindern sie daran. Einen *uindex* aber vermögen weder *Ascyll* und *Encolp* aufzubringen, denn sie sind ganz unbekannt am Ort, noch scheint der Bauer und das Weib dieß bewerkstelligen zu können. So wäre es noch übrig, daran zu denken, daß die Parteien ein außergerichtliches *uadimonium* eingegangen hätten.

§ 48.

Bekanntlich gab es zwei Arten des *uadimonium*. Die eine diente dazu, den Beklagten nach eingeleitetem Prozeß, wenn das Verfahren in *iure* mehrere Tage erforderte, zum Wiedererscheinen in dem nächsten Termin anzuhalten; die andere dazu, den Beklagten zu einem noch nicht anhängig gemachten Prozeß vor den Prätor zu bringen.²⁾ Jene gehörte zu den *praetoriae stipulationes*³⁾ und es waren für dieselbe in dem *Edict* nicht nur feste Formulare aufgestellt, sondern für die einzelnen Fälle auch auf das Genaueste bestimmt, ob „das *uadimonium* *promittere* einfach (*pure*), oder mit Bürgen (*cum satisdatione*), oder doch eidlich oder endlich gar mit sofortiger Anordnung des *iudicium* für die *summa*

¹⁾ GAIUS Fr. 22 § 1 de in *ius uocando* (2. 4) und viele andere Stellen bei Juristen und Nichtjuristen. S. Keller, Röm. Civilproz. § 46 Not. 534 u. 535 S. 189. Buchta, Institutionen. Bb. 2 § 160. 4. Aufl. S. 79.

²⁾ Eine dritte Art des *uadimonium*, zu dem Zweck, das Verfahren in *iure* in das Verfahren in *iudicio* überzuleiten, oder es in *iudicio* fortzusetzen, gab es nicht. Das hat überzeugend dargethan: Hartmann, das Röm. Contumacialverfahren. Götting. 1851 S. 232 ff. Vgl. auch Keller, Röm. Civilproz. §. 195 namentlich Not. 554.

³⁾ Keller a. a. O. S. 192.

48. uadimonii auf den Fall des Ausbleibens (recuperatoribus suppositis)“ geschehen müsse.¹⁾ Ganz anderer Natur ist die zweite Art des uadimonium, die schon zu Cicero's Zeit vorkommt.²⁾ Die Parteien können sich ohne förmliche in ius uocatio³⁾ über einen Tag, wo sie vor dem Prätor erscheinen wollen, einigen. Die gemeine Meinung geht nun dahin, daß von dem Beklagten stets stipulationsweise versprochen worden sei, er werde zur festgesetzten Zeit in iure sich stellen⁴⁾, und zwar so, daß er für den Nichterscheinungsfall eine summa uadimonii promittirte, oder aber so, daß die Stipulation auf das quanti ea res est, oder ein bloßes sistere gerichtet wurde⁵⁾, wobei überall für die eingegangene Stipulationsverpflichtung Bürgen hätten bestellt werden müssen.⁶⁾ Wenn nun auch nicht geläugnet werden soll, daß dieß Alles geschehen konnte und wohl regelmäßig geschah, so muß ich doch behaupten, daß die in Rede stehende Art des uadimonium auch ohne Stipulation und ohne Bürgenstellung vorkam, oder, um es schärfer zu fassen, daß der Kläger nicht nur dann von der Forderung, der Beklagte solle ihm sofort zur Gerichtsstelle folgen, abstecken mußte⁷⁾, wenn der Letztere stipulationsweise uadimonium promittirte und die stipulatio satisdatione sicherte,

¹⁾ Keller a. a. D. S. 191.

²⁾ Zimmern, Röm. Civilprozeß S. 393. Vgl. von „unzähligen Beispielen“ bei Cicero: Orat. pro Quinct. cc. 5. 6. 19. 21. 28; pro Tullio c. 20.

³⁾ v. Scheurl, Institutionen. 2. Aufl. Erlang. 1855 § 56 S. 104. Hartmann a. a. D. S. 224 sagt eigentlich dasselbe, nur drückt er das, was ich negativ ausspreche, positiv aus: „Das uadimonium setzt — eine ausdrückliche oder stillschweigende in ius uocatio voraus.“ Eine „stillschweigende in ius uocatio“ ist freilich, genau genommen, keine.

⁴⁾ Bethmann-Hollweg, Gerichtsverfassung und Prozeß des sinkenden Röm. Reichs. Bonn 1834 S. 242. Buchta, Institutionen II S. 81. Hartmann a. a. D. S. 224. Keller a. a. D. § 47 S. 194.

⁵⁾ Keller a. a. D. S. 194 u. 195 besonders Not. 550.

⁶⁾ Zimmern, Röm. Civilprozeß S. 340. Bethmann-Hollweg a. a. D. Keller a. a. D.

⁷⁾ Daß er es konnte, ist kein Zweifel; stand es ihm ja auch frei, die in ius uocatio auf Bitten des Beklagten ganz und gar zu unterlassen, oder einen Vergleich einzugehen. Vgl. übrigens PAULLUS Fr. 16 de V. S. (50. 16).

sondern auch dann, wenn von dem Beklagten formlos sein Er- 48.
scheinen zur bestimmten Zeit zugesagt und dieses Versprechen auf
genügende Weise durch eine Realcaution bekräftigt worden war.

Von dem außergerichtlichen uadimonium ist uns in den
Justinianischen Pandekten — obgleich die Compileratoren das Wort
uadimonium planmäßig entfernten¹⁾ — eine sehr bemerkenswerte
Spur geblieben: die Titelfrubrik:

IN IUS VOCATI VT EANT, AVT SATIS VEL CAVTVM DENT (2. 6),
denn nur von dieser kann mit Bestimmtheit behauptet werden, daß
sie von unserer Art des uadimonium handelt. In dem Titel selbst
sind allerdings nur Fälle erwähnt, wo das uadimonium cum sa-
tisfactione geschah. Gerade deshalb aber ist die Rubrik des Titels:

IN IUS VOCATI VT EANT AVT SATIS VEL CAVTVM DENT
sehr auffallend. Hätten erst die Compileratoren diese Ueberschrift
für die von ihnen gesammelten Fälle formulirt, so wäre es ge-
radezu unbegreiflich, weshalb die Worte

VEL CAVTVM DENT

hinzugefügt worden wären. Deshalb glaube ich annehmen zu
dürfen, daß Tribonian und seine Gehülfsen die fragliche Titel-
rubrik aus dem prätorischen Edict — in welchem die ausführlich-
sten Bestimmungen über das uadimonium enthalten waren²⁾ —
herübernahmen und unverändert stehen ließen, obwohl die von
ihnen aus den Schriften der Juristen gesammelten Stellen nur
Fälle des uadimonium — und vielleicht nur des eigentlichen ge-
richtlichen uadimonium — cum satisfactione enthielten.³⁾ Daraus

¹⁾ Keller a. a. D. S. 195 Not. 553. Hartmann a. a. D. S. 245.
Eine Aufzählung der interpolirten Stellen s. bei VOORDA, Diss. de uadimonio.
Lugd. Bat. 1751 c. 2 § 3.

²⁾ GAIUS III. 185.

³⁾ ANTONIUS FABER, Rationalia in Pand. lib. II tit. VI: „Hic titulus male
acceptus est a Triboniano, a quo fuit accommodatus ad promissiones iudicio
sistendi causa factas, cum tamen haec pars Edicti ad eos pertineat, qui in
ius et ad Praetorem, non ad eos, qui in iudicium et ad iudicem uocantur.
Id enim agebat Praetor, ut, qui in ius uocabatur, si non satisfacere, cogere-
tur sequi, aut inuitus traheretur et raperetur: si satisfacere dimitteretur:
quemadmodum si quis pro eo defensor existeret, aut si de negotio inter
eundem transactum esset.“ FABER erkennt also an, daß die dem Edict ent-

48. folgt aber, daß nach dem prätorischen Edict bei unserm uadimonium nicht immer satisfactio erforderlich war, sondern daß auch eine andere Cautio genügte. Man wende nicht ein, es stehe Fr. 7 de praetoriis stipulationibus (46. 5) entgegen, denn diese — unten¹⁾ noch weiter zu betrachtende — Stelle bezieht sich offenbar nur auf die Fälle, wo das prätorische Edict bloß satisfactio verlangt, nicht aber auf diejenigen, wo dasselbe neben der satisfactio ausdrücklich auch andere Cautionen zuläßt. Doch ist es einleuchtend, daß vom Edict immer ein idonee cauere gefordert wurde. Welche cautio aber idonea sei, war im einzelnen Fall nach den Verhältnissen des Beklagten und nach den besonderen Umständen, namentlich auch mit Rücksichtnahme darauf, was für ein Cautionsmittel von dem Beklagten füglich aufgebracht werden konnte, zu ermessen, und es waren darüber genauere Bestimmungen im Edict enthalten. Regelmäßig wird freilich der Kläger berechtigt gewesen sein, mindestens Realcaution durch Pfandgebung zu fordern.²⁾ Dieser ging häufig förmliche Stipulatio unter den Parteien voran; doch ist es unzweifelhaft, daß eine solche auch unterbleiben konnte, da ja dem nudum pactum durch die hinzutretende Realsicherheit seine Wirksamkeit vollkommen gesichert war.

Man wird nun freilich einwenden: Wie ist es denn möglich, daß bei einem uadimonium andere Cautionsmittel gebraucht werden konnten, als uades?³⁾ Darauf entgegne ich: Auch bei dem

lehnte Rubrik IN IVS VOCATI etc. mit dem Inhalt des Titels nicht in Uebereinstimmung stehe, wenn er auch sonst nicht ganz mit uns übereinstimmt.

¹⁾ S. § 62.

²⁾ ULPIANUS Fr. 4 § 8 de fid. lib. (40. 5): „— cauendum est idonee. Quid est idonee? satisfactio utique, aut pignoris datis. Sed si ei fides habita fuerit promittenti sine satisfactio, idonee cautum uidetur.“ Von einer durch Eid gesicherten cautio iudicio sisti spricht PAULLUS in Fr. 16 qui satisfacere cogantur (2. 8). Diese Cautio bezieht sich wohl auf das Erscheinen in iure, da es ja überhaupt unbedenklich ist, in der Zusammensetzung iudicio sisti das Wort iudicium für den Prozeß im Ganzen zu nehmen. Keller, Litis-Contestatio und Urtheil S. 65 Not. 10. Derselbe, Röm. Civilprozeß S. 196. Hartmann a. a. D. S. 242.

³⁾ Ueber die Bedeutung von uas vgl. IACOB. RAEVARDUS Ad L. XII tabb.

gerichtlichen uadimonium sind die Cautionsmittel nicht immer uades, nicht einmal immer Bürgen¹⁾; und ich denke gar nicht daran, zu behaupten, daß man jedes durch Caution gesicherte Versprechen, in iure zu erscheinen, uadimonium genannt habe. So oft auch der Ausdruck cautio iudicio sisti in den Justinianischen Digesten auf Interpolation beruhen mag, so wenig ist doch anderseits daran zu denken, daß überall da, wo es jetzt cautio iudicio sisti heißt, ursprünglich uadimonium gestanden habe.²⁾ Dieser Ausdruck war den alten Juristen bekannt und geläufig, so daß ich nicht zu irren glaube, wenn ich annehme, man habe uadimonium vorzugsweise da gebraucht, wo das Versprechen des Beklagten, in iure zu erscheinen, mittelst Stipulation unter hinzutretender Satisfaktion geschah, da aber, wo jenes Versprechen nur in einem durch pignoris datio u. gesicherten nudum pactum bestand, habe man von einer bloßen cautio iudicio sisti gesprochen.

Rücksichtlich des historischen Verhältnisses der verschiedenen Einleitungsarten des prozessualischen Verfahrens werde noch Folgendes bemerkt. Die alte strenge in ius uocatio war bloß für die ursprünglichen einfachen Verhältnisse passend. Nur bei einem kleineren, auf enge räumliche Grenzen beschränkten Volk, das mit Fremden wenig Verkehr hatte, konnte eine Einrichtung bestehen, wonach Jeder, der mit einem Anderen prozessiren wollte, diesen zu gelegener Zeit abfangen mußte, um ihn gleich mit sich vor den Richter zu führen. Bloß daraus ist es erklärbar, daß man sich von der sofortigen Folge nicht anders befreien konnte, als wenn man einen uindex, d. h. Jemanden, der anstatt seiner folgte, stellte. Als der Staat und der Verkehr wuchs, auch die Sitte sich verschlechterte, war es nicht mehr so einfach, den bösen Schuldner zur rechten Zeit anzugehen und vor den Prätor zu

Brugis Flandror. a. 1563 c. 5 pag. 18. IAC. GOTHOFREDUS Fontes quatuor iur. ciuil. Genæ. 1653. Notæ ad Tab. II p. 191. HEINECCIUS Antiquitat. Rom. iur. ill. syntagma III. 21, 3 (Ed. HAUBOLD. p. 574). Keller, Röm. Civilprozeß S. 190 Not. 539 und die dort Citirten.

¹⁾ Vgl. GAIUS III § 185.

²⁾ Keller a. a. O. S. 195 Not. 553.

48. bringen. Man mußte sich bequemen, auch zu ungelegener Stunde seine Ladung an den Mann zu bringen, denn man war wohl manchmal froh, den Gegner überhaupt zu treffen. In solchem Fall konnte ein sofortiges Erscheinen in iure nicht stattfinden, und dem Kläger würde seine in ius uocatio wenig geholfen haben, wenn man nicht Mittel gefunden hätte, ihm den Erfolg derselben zu sichern. Eine iudicis datio freilich war jetzt nicht am Platz, denn ebensowenig wie der Beklagte selbst, konnte der iudex zu jeder Zeit vor den Prätor geführt werden. Doch lag es nahe, zu bestimmen, der Beklagte sei gehalten, sein Erscheinen zu einer festgesetzten Zeit in solenner Weise zu versprechen und dieses Versprechen noch durch Bürgenbestellung zu bekräftigen. Das Versprechen und die Verbürgung konnte der alten Römischen Sitte gemäß nur in Form von Stipulationen geschehen und man sprach dann von uadari und uadimonium promittere, die sich ebenso entsprechen, wie stipulari und spondere.¹⁾ Es fehlt nicht an Andeutungen, daß derjenige, welcher kein uadimonium in der angegebenen Weise bestellen konnte, von dem Kläger bis zur Vorführung vor den Richter in Gewahrsam gehalten werden durfte. Namentlich deutet darauf hin

PLAUTUS Persa II. 4, 18:

SAGASTRIO: Vadatur hic me. PAEGENIUM: Utinam uades desint, in carcere ut sis²⁾,

und es ist wohl möglich, daß zuerst der Satz galt, der in ius Vocirende könne den Vocirten, sobald keine Füglichkeit vorhanden, sofort in iure zu erscheinen, gefangen halten, daß aber dieser beiden Theilen unbequemen Säkung gegenüber bald die Sitte herrschend wurde, den Beklagten gegen uadimonium zu entlassen und daß dann der Prätor nur einer im Leben schon feststehenden

¹⁾ Keller a. a. D. S. 190 Not. 539.

²⁾ IACOBUS RAEVARDUS Ad L. XII tabb. c. 5 p. 18. Die elegante Abhandlung des RAEVARDUS über die Einleitung des alten Röm. Prozesses ist auch in sofern ausgezeichnet, als darin schon richtig erkannt und ausgesprochen ist, es habe vollkommen genügt, wenn der vom Kläger Belangte durch pignoris datio sein Erscheinen in iure sicherte. — Vgl. auch HEINECCIUS Antiquitat. Romm. iur. ill. syntagma III. 6, 20 Not. r.

Uebung Ausdruck gab, als er anscheinend nur im Interesse des 48. Beklagten ins Edict den Satz aufnahm: der Kläger müsse den Beklagten entlassen, wenn dieser uadimonium promittire. Das uadimonium mußte freilich zunächst immer cum satisfatione geschehen. Der schnell wachsende Peregrinenverkehr aber, im Allgemeinen das eilige und hastige Treiben einer großen Weltstadt brachte es mit sich, daß man die Förmlichkeiten des uadimonium nicht immer beobachten konnte und wollte, und daß die Kläger sich auch begnügten, wenn ihnen die Beklagten nach ergangener Aufforderung nur irgendwie vollkommene Sicherheit für das Erscheinen in iure (oder für das streitige Recht überhaupt) bestellten. So entwickelte sich neben dem eigentlichen uadimonium die einfache cautio iudicio sisti (welcher gegenüber sich jenes als satisfatio iudicio sisti darstellt), und der Prätor legalisirte gleichsam wieder nur die schon herrschende Sitte, als er jedem idonee cauere die Kraft des eigentlichen uadimonium verlieh.

§ 49.

Bliden wir mit den Resultaten der vorstehenden Untersuchung auf die Stelle bei Petronius zurück, so wird sich nachweisen lassen, daß die dort geschilderte Einleitungsart des prozeßualischen Verfahrens unter den Begriff einer einfachen cautio iudicio sisti fällt. Man kommt überein, am nächsten Tag vor dem Prätor zu erscheinen und giebt den Streitgegenstand einem Sequester. Also anstatt der Stipulation beim eigentlichen uadimonium: nudum pactum; anstatt der Bürgenbestellung: Sequestration des Streitobjects. Somit giebt unsere Stelle ein Zeugniß ab für das Vorhandensein einer Einleitungsart des prozeßualischen Verfahrens, welche darin bestand, daß die Parteien nudo pacto sich verpflichteten, in iure zu erscheinen, indem sie dieses pactum durch Deposition des Prozeßgegenstands bei einem Sequester befestigten. Was hat aber die Sequestration hier für einen juristischen Charakter? Wie oben beim Compromissum schließen die Parteien einen Vertrag ab, welcher durch die Hinterlegung der streitigen Sache Realsicherheit erhalten soll. So ist denn jedenfalls die Deposition des Streit-

49. objects als eine Art Verpfändung desselben aufzufassen, nur daß hier dieselbe nicht so regelmäßig mit einer *lex commissoria* verbunden zu sein brauchte, wie oben. Wenn nämlich der Beklagte in Folge seines Versprechens in iure erschien, so war damit die Obligation, für welche er das Pfand bestellt hatte, erfüllt, das Pfandrecht also untergegangen; kam er aber nicht, so wurde wider ihn wie gegen einen *indefensus* verfahren und man konnte sich dabei an das deponirte Streitobject halten.¹⁾ Es brauchte also dem Pfandrecht durch besondere Bestimmung kein anderer materieller Inhalt gegeben zu sein, als der, welcher seit alter Zeit von selbst mit dem *pignus* verbunden war: daß die Pfandsache so lange zurückbehalten werden konnte, bis die *Obligatio* erfüllt wurde. Dieß gestaltet sich noch ganz eigenthümlich bei den Fällen, für welche unsere Einleitung des Verfahrens eigentlich bestimmt war.

§ 50.

Sie eignete sich nämlich besonders für einen Streit, wo das *Petitorium* durch ein *interdictum retinendae possessionis* vorbereitet werden sollte. In solchem Fall wird sich jede Partei hüten, die in *ius uocatio* vorzunehmen, denn dadurch würde sie gewissermaßen schon anerkennen, daß sie Kläger, der Gegner Beklagter, also Besitzer sei. Soll ja doch auch während des *Interdictenprocesses* keine Partei vorzugsweise die Rolle des Klägers, keine vorzugsweise die des Beklagten übernehmen.²⁾ Durch die in *ius uocatio* aber würde der *Vocirende* eine Verpflichtung zur *editio actionis* eingehen, während er doch gar nicht die Absicht hat, als Kläger aufzutreten. So ist die in *ius uocatio* für den Besitzstreit streng genommen unmöglich. Es bedurfte aber einer solchen auch nicht. Denn da der *Interdictenproceß* in der *extraordinaria cognitio* wurzelte³⁾, wird kein Magistrat Bedenken ge-

¹⁾ Buchta, Institutionen Bd. 2 § 160 S. 81. Keller, Röm. Civilproceß § 49 S. 200. § 65 S. 264.

²⁾ Gaius III. 160. § 7 I. de interdict. (4. 15). THEOPHIL. ad h. l.

³⁾ Keller, Röm. Civilproceß § 74 S. 304. Vgl. § 81 S. 337 besonders Not. 966 und die dort citirten Stellen.

tragen haben, auf Antrag einer Partei von dem ihm vermöge 50. seines imperium zustehenden Recht der uocatio¹⁾ Gebrauch zu machen. Doch wurde dazu gewiß erst im Notfall geschritten, besonders als später der Interdictenprozeß „mehr und mehr in den ordo iudiciorum hinüber wuchs“²⁾ und so jene in die extraordinaria cognitio gehörige Vocation nur behutsam angewendet werden konnte. Von jeher war es wohl das Gewöhnliche, daß man, da beide Parteien bei der Ertheilung des Interdicts durch den Prätor zugegen sein mußten³⁾, auf gütlichem Weg das Erscheinen verabredete. So scheint sich auch Theophilus die Sache vorgestellt zu haben, wenn er erzählt:

Paraphras. Institutt. III. 15 pr. (Ed. Reitz p. 889.)

*Ἡνίκα τοίνυν περὶ νομῆς ἢ ὡσανεὶ νομῆς μεταξὺ δύο τι-
νῶν γίνεται φιλονεικία, ἀπέρχονται πρὸς τὸν πραιτωρα
τοῦτο αὐτῷ διηγούμενοι, ἐπειδὴ συμβαίνει πολλάκις, καὶ
φόνους πλημμελεῖσθαι, καὶ τραύματα ἐπάγεσθαι, πληγὰς
ἐπιφέρεισθαι ἐν ταῖς τοιαύταις φιλονεικίαις, καὶ διηγού-
νται τῷ πραιτωρι τὸ γεγονός.*

Doch bleibt dabei immer im Hintergrund, daß es auch ein Zwangsmittel gab, um die das Erscheinen in iure verweigernde Partei vor den Prätor zu bringen. Wenn nun aber einer der streitenden Theile wohl bereit war, mit vor den Richter zu kommen, es war aber augenblicklich dazu keine Füglichkeit vorhanden, so blieb es das Natürlichste, einen Termin zu verabreden, sich gegenseitig das Erscheinen zu versprechen und dieses Versprechen gehörig durch Bürgen, Pfänder oder andere Cautionen zu sichern. Bei Mobilien aber war es das bequemste Mittel, den gegenwärtigen Streit abzuschließen und zugleich das Versprechen, vor dem Richter zu erscheinen, zu sichern, wenn beide Theile den von ihnen behaupteten Besitz für den Augenblick aufgaben und bis zur Ent-

¹⁾ Bethmann-Hollweg, Gerichtsverf. und Proz. S. 253 Not. 37. Keller a. a. D. S. 337. Hartmann a. a. D. S. 160 will die „magistratische Vocation“ auch dem ordentlichen Prozeß vindiciren. Dagegen aber muß ich mich entschließen erklären. S. unten Beilage III.

²⁾ Keller a. a. D. § 76 S. 313.

³⁾ Schmidt, Interdictenverfahren S. 209 ff.

50. scheidung durch den Richter auf einen Dritten übertragen. Da konnte die Deposition der streitigen Sache beim Sequester als Verpfändung derselben für den Vertrag der Parteien, vor dem Prätor zur festgesetzten Zeit zu erscheinen, gelten, und zwar als Verpfändung von beiden Seiten, da es ja noch ungewiß, wer Besitzer und wer Eigenthümer war. Erschienen dann beide Theile in iure, so war die Obligatio gelöst, also auch das dafür bestellte Pfandrecht aufgehoben und es ging nun der Besitzprozeß seinen Gang. Unterließ es aber ein Theil, zu erscheinen, so schien derselbe seine Behauptung, daß er besitze, fallen zu lassen und es erhielt nun der Erschienene den Besitz. Wollte der Nichterschienene sein Recht weiter verfolgen, so mußte er es auf dem Weg des Petitoriums thun.

§ 51.

Wir haben es uns vorbehalten, die Gründe auszuführen, weshalb bei der eben behandelten Art der Sequestration der Sequester versprach, er werde die deponirte Sache (vor dem Prätor) exhibiren. Daß dieses Versprechen vollkommen hinreichend war, um die Rechte der streitenden Theile an der fraglichen Sache vorläufig zu sichern, ergibt sich aus dem Vorhergehenden; daß aber im Eigenthumsprozeß die freiwillige Sequestration des Streitobjects vor dem Beginn des Prozesses lediglich mit der Bestimmung, der Sequester solle dasselbe dem Sieger ausantworten, besonders wenn damit gewisse Nebenverabredungen verbunden waren, nicht ohne Gefahr gewesen wäre, soll jetzt nachgewiesen werden. Am besten wird sich dieß thun lassen, wenn wir das Fr. 9 § 3 de dolo malo (4. 3) genauer betrachten.

ULPIANUS (libro XI^o ad Edictum)

LABEO libro trigesimo septimo Posteriorum scribit¹⁾: si oleum

¹⁾ Die Vulgata behandelt diese Worte als Inscription, so daß Fr. 9 mit den Endworten des § 2: „posse experiri“ geschlossen wird und dann Fr. 10 mit der Inscription beginnt: „LABEO LIBRO SEPTIMO POSTERIORUM SCRIBIT.“ Vgl. z. B. Dig. uetus Lugd. apud Anton. Vincentium. 1541. Siehe auch BRENNMAN in Not. 71 ad h. t. der Göttinger Ausgabe des Corp. iur. Es

tuum, quasi suum defendat Titius, et tu hoc oleum deposue- 51.
ris apud Seium, ut is hoc uenderet et pretium seruaret, do-
nec inter uos diiudicetur¹⁾, cuius oleum esset, neque Titius
uelit iudicium accipere, quoniam neque mandati, neque se-
questraria Seium conuenire potes, nondum impleta conditione
depositionis, de dolo aduersus Titium agendum. Sed Pom-
ponius libro uicesimo septimo, posse cum sequestre praescrip-
tis uerbis actione agi, uel si is soluendo non sit, cum Titio
de dolo; quae distinctio uera esse uidetur.

Es handelt sich hier um einen Eigenthumsstreit; dieß beweisen die Worte: „si oleum tuum, quasi suum defendat“ und „donec inter uos diiudicetur, cuius oleum esset“ zur Genüge. Ebenso ist klar, daß in dem beabsichtigten Eigenthumsprozeß Titius Beklagter sein soll („si — quasi suum defendat“ und „neque uelit iudicium accipere“). Daraus geht hervor, daß Titius in dem Besitz des Oels gewesen sein muß, als die Differenz entstand. Jetzt aber weigert sich Titius, iudicium accipere; dieß kann er wirksam bloß dann thun, wenn er nicht mehr besitzt und sine dolo desiit possidere. In der Stelle selbst steht, daß Caius (wie wir den Kläger nennen wollen) das Oel bei Seius deponirt habe, „ut is hoc uenderet et pretium seruaret, donec — diiudicetur.“ Später wird Seius geradezu Sequester genannt. Da wir nun wissen, daß nur dann von einem Sequester gesprochen wird, wenn Mehrere eine Sache in solidum certa conditione custodiendam reddendamque deponirt haben, hier auch von einer wirklichen Sequestration die Rede ist, weil die sequestraria actio nicht etwa deshalb ausgeschlossen wird, weil keine Sequestration vorhanden, sondern aus ganz anderen Gründen, müssen wir — trotzdem daß gesagt wird, Caius habe das Oel bei Seius deponirt — annehmen, auch Titius sei bei der Se-

geht aber aus der Fassung der Stelle hervor, daß die Anordnung der Florentina die allein richtige ist.

¹⁾ Hier hat die Florentina deiudicetur. Da dieß aus der eigenthümlichen Orthographie der Florentina zu erklären ist (BRENNMAN Not. 7^a ad h. l. in der Göttinger Ausgabe), so folge ich der gewöhnlichen Schreibweise.

51. *questration* theilhaftig gewesen. — Uebrigens stimmt dieses unser zweites Resultat mit dem ersten, daß Titius beim Entstehen des Streits das Del besessen und nun *sine dolo* zu besitzen aufgehört haben müsse. Denn wenn Caius und Titius zusammen die Sache, welche bisher im Besitz des Letzteren war, bei Seius als *Sequester* deponirten, so hat, da der *Sequester*, wo die *Sequestration* als eigentliches *Cautionsmittel* vorkommt, juristischen Besitz erlangt¹⁾, allerdings Titius *sine dolo* den Besitz aufgegeben. Jedenfalls sind also Caius und Titius übereingekommen, die streitige Sache bis zum Austrag des *Eigentumsprozesses* bei Seius zu *sequestriren*, und Titius hatte wohl dieselbe dem Caius übergeben, um die *Sequestration* in Beider Namen zu bewerkstelligen.²⁾ Den Zweck der Letzteren betreffend, so ist sie wohl geschehen, um das Erscheinen des Titius *in iure* zu sichern, zugleich aber um dadurch auch dem dereinst obliegenden Theil rücksichtlich des *Streitobjects* Sicherheit zu bestellen. Del ist ein leicht zu verkonsumirender, leicht verderbbarer Gegenstand. Um in dieser Beziehung allen *Eventualitäten* vorzubeugen, kommen die Parteien überein, dasselbe jetzt — so lange es noch in gutem Zustand — verkaufen und den Kaufpreis zur Sicherung des dereinstigen Siegers von dem mit dem Verkauf Beauftragten bewahren zu lassen. Es liegt hier eine wirkliche *Sequestration* vor, bei der freilich der *Hauptcontract* mit dem *Sequester* als *Mandat*, nicht als bloßes *Depositum* erscheint.³⁾ Nachdem so die *Sequestration* und der Verkauf des Dels geschehen, weigert sich Titius, *iudicium accipere*, d. h. er erklärt gleich *in iure*, daß er *sine dolo* aufgehört habe Besitzer zu sein und daß deshalb der Prätor dem Caius die *actio dene-giren* müsse. Caius kann nun nicht abläugnen, daß Titius in Folge gegenseitigen Uebereinkommens, also *sine dolo* aufgehört habe zu besitzen. Der Prätor muß ihm deshalb die *formula* verweigern.⁴⁾ Man könnte einwenden, der Jurist gebe ja zu, daß

¹⁾ S. unten §§ 89 ff.

²⁾ S. oben § 17 S. 37 Not. 3.

³⁾ S. oben § 24 S. 48.

⁴⁾ FURIUS ANTHEMIUS Fr. 80 d. R. V. (6. 1): „In rem actionem pati non

eventuell eine *actio doli* gegen Titius stattfinden, daß also doch 51. ein *dolus* des Letzteren vorhanden sein müsse. Wir werden unten sehen, worin dieser *dolus* lag, jedenfalls aber müssen wir dabei stehen bleiben, daß in dem Vertrag zwischen Caius und Titius, in Folge dessen Titius aufhörte zu besitzen, kein *Dolus* des Letzteren zu finden ist. Vielleicht hat Titius die Absicht, seine Ansprüche jetzt auf andere Weise geltend zu machen und unter dem Vorwand, die Deposition und der Verkauf des Dels sei wider seinen Willen geschehen, gegen den dritten Besitzer desselben, an welchen es im Auftrag des Caius verkauft war, die *rei vindictio* anzustellen, vielleicht (und das ist das Wahrscheinlichere) giebt er seine Ansprüche ganz auf, ist dabei aber gar nicht geneigt, seinerseits etwas dazu beizutragen, daß das nunmehr von ihm anerkannte Recht des Caius wirklich realisiert werde. Wie aber ist, da Caius sich weigert, die zugleich im Namen des Titius bei ihm von Caius unter einer Bedingung deponirte Sache vor Entscheidung dieser Bedingung dem Caius zurückzugeben, das Recht des Letzteren zu verwirklichen? Steht demselben ein Mittel gegen Titius

compellimur, quia licet alicui dicere, se non possidere; ita ut, si possit aduersarius convincere, rem ab aduersario possideri, transferat ad se possessionem per iudicem, licet suam esse non probauerit.“ Aus dieser merkwürdigen Stelle geht hervor, daß Niemand gezwungen werden konnte, sich auf die Eigenthumsklage einzulassen, indem er derselben dadurch entgehen konnte, daß er seinen Besitz in Abrede stellte. Wurde dann nachgewiesen, daß er dennoch Besitzer sei, so erfolgte *translatio possessionis* auf den Kläger; stellte sich aber heraus, daß er wirklich nicht besitze, so mußte der Prätor zweifellos die *actio* verweigern und den Kläger abweisen. Eine solche *denegatio actionis* kommt in vielen Beispielen vor, z. B. die *denegatio* einer in rem *actio* bei CICERO pro Flacco c. 21 § 49, sowie in Fr. 24 § 2 de iudic. (5. 1); über die *Denegatio* anderer Klagen und im Allg. s. CICERO Rhetoric. ad Herennium II. 13 (12); Partitt. oratt. 28, 29; Fr. 26 § 4 ex quib. caus. (4. 6); Fr. 4 qui satisdar. cog. (2. 8); Fr. 15 si quis cautionib. (2. 11); Fr. 73 de procuratorib. (3. 3); Fr. 21 de iud. (5. 1); Fr. 34 soluto matrimon. (24. 3); Fr. 9 § 5 de tutelae (27. 3); Fr. 15 § 1 ad L. Falcid. (35. 2); Fr. 24 pr. de liberal. caus. (40. 12); Fr. 27 pr. Fr. 97 § 2 d. V. O. (45. 1); Fr. 30 de solutionib. (46. 3); Fr. 16. 18 indicat. solui (46. 7); Fr. 1 ui bonor. raptor. (47. 8); Fr. 15 § 44 de iniur. (47. 10). Vgl. überhaupt Keller, Röm. Civilprozeß § 50 C. 206 Rct. 587 und § 36 C. 140 ff.

51. zu Gebote, um diesen zu bewegen, dem Seius gegenüber seine Einwilligung zur Restitution des Geldes an ihn zu ertheilen? Oder kann Caius irgendwie direct gegen Seius klagen? Die Beantwortung dieser Fragen beschäftigt den Juristen. Wir aber müssen, um seine Entscheidung zu verstehen, das Verhältniß des Caius zu dem Titius noch genauer analysiren.

Die Uebereinkunft zwischen diesen Personen läßt sich in folgende Bestandtheile zerlegen. Sie geht: 1. darauf, daß über das Del ein Eigenthumsprozeß geführt werde, in welchem Caius die Rolle des Klägers, Titius die des Beklagten zu übernehmen hat; 2. darauf, daß beide Theile (namentlich auch Titius) zur festgesetzten Zeit vor dem Prätor erscheinen müssen; 3. darauf, daß der Gegenstand des Streits inzwischen veräußert und dem Sieger im Eigenthumsprozeß nicht die streitige Sache selbst, sondern deren Preis ausgeantwortet werden soll; 4. endlich darauf, daß dieses vermittelt eines Sequester geschehe. Wäre nun bloß die Bestimmung sub 2 vorhanden und dabei der Streitgegenstand einem Sequester übergeben worden, so hätten wir den Fall der *cautio iudicio sisti*, den wir oben kennen gelernt haben, nur daß dabei nicht die Bestimmung getroffen sein dürfte, der Sequester solle die Sache dem Sieger im Eigenthumsprozeß herausgeben, sondern vielmehr: er solle sie *in iure* exhibiren und da nach Befehl des Prätor einer der Parteien restituiren. Würde dann der bisherige Besitzer sich darauf berufen, daß er den Besitz durch die Sequestration verloren habe, so würde Caius sofort in den Besitz der vom Sequester exhibirten Sache einzuweisen sein und nun müßte der den Besitz Abläugnende die schwierigere Rolle des Klägers übernehmen. Blicke aber Titius bei seiner Behauptung, Besitzer zu sein, stehen, so müßte, wenn Caius ebenfalls den Besitz beanspruchte, ein Besitzprozeß folgen, oder es würde, wenn Caius den Besitz des Titius zugäbe, Titius, um die *translatio possessionis* auf Caius zu vermeiden, gezwungen sein, die Beklagtenrolle im Eigenthumsprozeß zu übernehmen. Es könnte dann nach ertheilter *formula* durch Uebereinkunft der Parteien die Sache wieder demselben oder einem anderen Sequester übergeben werden und dabei wäre wohl die Bestimmung, daß sie nur der Sieger zurück-

erhalten solle, oder daß sie der Sequester verkaufe und den Preis 51. dem Sieger überantworte, gefahrlos.

Anders freilich gestaltet sich die Sache in dem Rechtsfall, welcher uns vorliegt. Da hat Caius den Fehler begangen, die Sache vor constituirtem iudicium nicht zu einem exhibere in iure mit der selbstverständlichen Bestimmung, sie solle dann einer der Parteien auf Befehl des Prätor restituirt werden, sondern zum Verkauf und zur Ueberantwortung des Kaufpreises an den endlichen Sieger dem Sequester zu übergeben. Dieß war deshalb unvorsichtig, weil nun weder eine Gewähr dafür vorhanden war, daß Titius in iure erscheinen werde, noch eine Gewähr dafür, daß derselbe, auch wenn er erscheine, sich der Klage entgegenstelle. Titius ist wohl durch Vertrag hierzu verpflichtet, allein dieser Vertrag ist als nudum pactum nicht klagbar, die Sicherung aber, welche das nudum pactum durch die Sequestration erhalten konnte, ist durch ungeschickte Fassung des Vertrags mit dem Sequester nicht eingetreten. So hat denn Titius die schönste Gelegenheit, seinen Vertragsverbindlichkeiten entgegenzuhandeln. Zwar erscheint er in iure, aber er weigert sich, die Beklagtenrolle zu übernehmen. Caius kann nun nicht in den Besitz des Dels eingewiesen werden, da dasselbe vom Sequester in seinem Auftrag verkauft ist, und selbst wenn es nicht verkauft wäre, sich der Sequester mit Recht weigern würde, den ihm bis zum Endurteil übertragenen Besitz aufzugeben und auf Caius übergehen zu lassen, da er nicht verpflichtet und befugt ist, auf ein interlocutorisches Decret des Prätor zu restituiren. Den Kaufpreis aber kann Caius vom Sequester weder mit der bloßen actio mandati fordern, weil das einfache Mandat auf Verkauf des Dels erloschen ist und der Klage auf Ausbändigung des Kaufpreises die Bestimmung entgegensteht, der Sequester solle den Kauffschilling bis zum Eintritt einer gewissen Bedingung bewahren, noch mit der actio (mandati) sequestraria, da die Bedingung, unter welcher der Preis einer von beiden Parteien restituirt werden sollte, noch nicht eingetreten ist.¹⁾ So erleidet Caius, welcher als wirklicher Eigenthümer des Dels an-

¹⁾ Vgl. oben § 24 S. 48 ff.

51. genommen wird, einen Schaden. Die Veranlassung zu diesem giebt Titius durch seine Weigerung, als Beklagter den Eigenthumsprozeß zu übernehmen. In dem Fall aber, wo Jemand ein früher gegebenes Versprechen nicht hält und dadurch dem Gegner einen positiven Vermögensnachtheil verursacht, wird häufig die *actio doli* zugelassen.¹⁾ Demgemäß entscheidet auch hier Labeo, daß Caius gegen Titius die *actio doli* anstellen könne. Dabei ist klar, daß der Dolus des Letzteren lediglich darin zu suchen ist, daß er sich weigert, dasjenige, was an ihm liegt, zu thun, um von dem Caius einen Vermögensnachtheil abzuwenden, zu dem er durch die unvollständige Erfüllung seiner Vertragsverbindlichkeiten die Veranlassung gegeben hat. Die Entscheidung des Labeo ist von seinem Standpunkt aus vollkommen richtig: zu seiner Zeit war die Theorie von den *Innominatcontracten* noch in ihren Anfängen und er konnte mit bestem Wissen und Gewissen sagen, daß es keine andere Klage als die *actio doli* gebe, mit welcher dem Caius geholfen werden könne. Spätere Juristen versuchten, ob sich der Fall nicht noch von einer anderen Seite betrachten lasse, um die ihrer infamirenden Natur wegen so wenig begünstigte, subsidiäre *actio doli* zu entfernen. Diesen bot sich die unterdessen ausgebildete Lehre von den *Innominatcontracten* als willkommene Aushülfe dar. Der Vertrag zwischen Caius und Seius war wohl, wie es bei Rechtsgeschäften, die im Leben häufig vorkommen, zu geschehen pflegt, ohne scharf juristisch gefaßt zu werden, abgeschlossen worden. Von Labeo war derselbe so interpretirt worden, wie oben von uns. Er nahm dem ursprünglichen Willen der streitenden Theile gemäß an, daß Caius in seinem und des Titius Namen dem Seius mandirt und bei demselben deponirt habe; daß nach Ausführung des Verkaufs noch zwei *resolutiv* bedingte *obligationes mandati* existirten und daß aus der *Obligatio* zwischen Caius und Seius erst dann mit der *actio (mandati) sequestraria* geklagt werden könne, wenn dieselbe zur unbedingten geworden sei. Bei dieser

¹⁾ ULPIAN. Fr. 34 (35) de dolo mal. (4. 3). POMPONIUS Fr. 16 (17) § 1 de praescript. uerb. (19. 5).

Interpretation des Rechtsgeschäfts zwischen Caius und Seius⁵¹. hätte man auch stehen bleiben müssen, wenn noch Jemand vorhanden wäre, der ein Recht daraus ableitete, daß Caius in seinem und im Namen des Titius deponirt habe. Da aber Titius so handelte, daß es nicht zweifelhaft war, er reflektire durchaus nicht auf die von Caius in seinem Namen mit Seius abgeschlossene bedingte Obligation, ließ sich das Geschäft zwischen Caius und Seius wohl auch so auffassen, als habe der Erstere bloß in eigenem Namen die Sache hingegeben mit der Bestimmung, der Kaufpreis solle nach dem Eintritt oder Nichteintritt einer gewissen Bedingung ihm oder dem Titius ausgehändigt werden. Die Perfection dieses Vertrags war in den Moment der Hingabe der Sache zu legen und so konnte man ihn, ähnlich wie den Vertrag in Fr. 18 de praescript. uerb. (19. 5), als Innominatcontract mit der Grundformel: *do ut facias et Titio des si victor erit, aut mihi si Titius victor non erit* betrachten. Da nun aber durch die Weigerung des Titius, die Beklagtenrolle im Eigenthumsprozeß zu übernehmen, gewiß geworden ist, daß derselbe nie Sieger sein werde, ist der Fall eingetreten, wo der Kaufpreis des Dels dem Caius zurückgegeben werden muß. So entscheidet sich denn Pomponius von seinem Standpunkt aus dafür, daß Caius mit der *actio praescriptis uerbis* gegen Seius klagen könne und daß deshalb die *actio doli* gegen Titius nur in dem Fall anwendbar, wenn Seius insolvent sei und so Caius mit der *actio praescriptis uerbis* nicht zu dem Seinigen kommen könne. Diese Entscheidung wird von Ulpian, wie natürlich, gebilligt.¹⁾

¹⁾ Zu welchen gewaltsamen oder abgeschmackten Mitteln man früher seine Zuflucht nehmen zu müssen glaubte, um die oben behandelte Stelle zu erklären, s. z. B. bei ULRIC. HUBER, *Eunomia Rom.* p. 182 sq.

b) Sequestration des Streitobjects auf richterlichen Befehl.

a) Älteste Zeit.

§ 52.

52. Spuren einer durch den Magistrat angeordneten Sequestration finden sich schon in früher Zeit. Im Mercator des Plautus (Act. III sc. 3) entspinnt sich zwischen Lysimachus und seiner eifersüchtigen Frau Dorippa, welche, unerwartet vom Land zurückgekehrt, die Sklavin Mcanthio in ihrem Haus gefunden hat, folgendes Gespräch:

uu. 20 sqq.:

Do. Quoia illa mulier intus est? Ly. Vidistine eam?
 Do. Vidi. Ly. Quoia ea sit, rogitas? Do. Resciscam tamen:
 Cupio hercle scire; sed tu me tentas sciens.
 Ly. Vin' dicam quoia est? illa, illa edepol! Vae mihi,
 Nescio quid dicam. Do. Haeres? Ly. Haud uidi magis.
 Do. Quin dicis? Ly. Quin, si liceat. Do. Dictum oportuit.
 Ly. Non possum, ita instas: urges quasi pro noxio.
 Do. Scio, innoxius. Ly. Audacter quamuis dicito.
 Do. Dic igitur. Ly. Ego dicam. Do. Atqui dicundum est tamen.
 Ly. Illa est; num etiam uis nomen dicam? Do. Nihil agis.
 Manifesto teneo, in noxia es. Ly. Qua noxia?
 Ista quidem illa est —. Do. Quae illa est? Ly. Illa —.

Do. Iohia!

Ly. Iam si nihil usus esset, iam non dicerem.
 Do. Non tu scis, quae sit illa? Ly. Imo etiam scio:
 De istac sum iudex captus. Do. Iudex? iam scio:
 Huc tu in consilium istam aduocauisti tibi.
 Ly. Imo sic sequestro mihi data est. Do. Intellego.
 Ly. Nihil hercle istius quicquam est. Do. Numero purgitas.
 Ly. Nimium negotii reperi; enim uero haereo.

Das letzte Auskunftsmittel des Lysimachus ist, sich darauf zu berufen, er sei im Prozesse über die Mcanthio zum iudex ernannt und diese sei bei ihm sequestrirt worden. Daß Plautus dabei an einen wirklichen iudex im Prozeß, nicht an einen arbiter denkt — den er mitunter wohl auch iudex nennt —, zeigt sich

in der folgenden (vierten) Scene, wo Dorippa durch das Herbeischaffen von Speisen zu einer vor ihrer Zurückkunft zwischen Eysimachus und seinem Nachbar, dem Liebhaber der Menthio, verabredeten Schmauserei zu der Frage veranlaßt wird:

uu. 11 sq.

— — Do. Quid ais tu? etiamne haec illi tibi

Iusserunt ferri, quos inter iudex datus?

Dabei kann iudex datus offenbar nur einen im Prozeß vom Magistrat bestellten Richter bedeuten. Plautus hat also jedenfalls einen Eigenthumsprozeß im Sinn, wo der Streitgegenstand (die Sclavin) sequestrirt, und zwar bei dem ernannten iudex sequestrirt worden ist. Man könnte nun hier wohl meinen, daß die Parteien, ohne vom Magistrat aufgefördert zu sein, die streitige Sache nach Ernennung des iudex bei diesem aus eigenem Antrieb sequestrirt hätten. Bergegenwärtigen wir uns aber den Gang des Verfahrens in iure bei der legis actio sacramento, so wird sich zeigen, daß Plautus — zu dessen Zeit unzweifelhaft Eigenthumsprozesse in dieser Form eingeleitet wurden — an eine derartige Sequestration kaum gedacht haben kann. Gaius¹⁾ und andere Schriftsteller erwähnen als einen Hauptbestandtheil der legis actio sacramento in rem das uindicias dicere, das Ordnen des Besitzes für die Dauer des Prozesses.²⁾ Einer der Litiganten wurde vom Prätor als Besitzer des Streitgegenstands anerkannt.³⁾ Hierdurch erst waren die Parteitrollen vertheilt und dem Besitzenden die Stellung des Beklagten gegeben. Wenn nun aber derjenige, zu dessen Gunsten vom Prätor die uindiciae geordnet waren, praedes litis et uindiciarum gestellt, somit den Gegner wegen seiner etwaigen Ansprüche vollkommen gesichert hatte, so müßte er seltsamen Sinns gewesen sein, wenn er auch der Zumutung des

¹⁾ III. 16.

²⁾ Vgl. außer GAIUS: LIVIUS III. 44 sqq. 47. 56 sqq. und POMPONIUS FR. 2 § 24 d. O. I. (1. 2). FESTUS u. uindiciae (Cod. Farn. p. 196). PSEUDO-ASCONIUS ad CIC. in Verrem II. 1, 45 § 115. VARRO De L. L. VI. 74 (ed. MUELLER p. 102). VALER. PROBUS § 4. P. P. L. V.

³⁾ Keller, Röm. Civilprozeß § 14 S. 55. § 15 S. 59. Vgl. auch § 7 S. 28.

52. Letzteren, das Streitobject zu noch größerer Sicherheit einem Sequester einzuhandigen, nachgegeben hätte. Dadurch wäre von ihm nicht nur auf das ihm ertheilte Recht, die Sache während der Dauer des Processes zu besitzen, verzichtet worden, sondern er hätte sich auch der Gefahr ausgesetzt, für etwaigen Dolus oder Verschulden des Sequester insofern einstehen zu müssen, als seine durch praedes gesicherte Verpflichtung, die Sache im Condemnationssfall zu restituiren u., trotz der Sequestration fortbestanden hätte. Uebrigens konnte auch dem Gegner, da er durch die praedes schon hinlänglich und besser, als es durch die Sequestration geschehen konnte, sichergestellt war, an der Letzteren gar nichts liegen.

§ 53.

Wenn also Plautus an eine Sequestration des Streitobjects bei der *legis actio sacramento* denkt, so ist es nach dem eben Ausgeführten wohl unzweifelhaft, daß er damit nicht eine nach der *litiscontestatio* von den Parteien ohne Zuthun des Richters beliebte *sequestratio custodiae causa* meint.¹⁾ Welchen Platz aber findet unsere Sequestration sonst in dem Prozeß der *legis actio sacramento in rem*? Wenn überall Ordnen der *uindiciae* und Bestellung von *praedes litis et uindiciarum* nötig war und ausreichte, wozu da überhaupt noch Sequestration? Nach dem, was bis jetzt über die *legis actio sacramento* bekannt, ist es allerdings schwierig, eine Antwort auf diese Frage zu finden und ich gehe nur mit Zögern daran, hier eine Meinung auszusprechen, welche der Ueberlieferung zwar nicht geradezu widerspricht, aber auch durch dieselbe nirgends ausdrücklich unterstützt wird.

Erst neuerdings ist durch den glücklichen Fund der Stadtrechte von Salpensa und Malaca²⁾ uns Aufschluß gegeben worden

¹⁾ Vgl. unten § 77.

²⁾ Erst während des Drucks des Obigen kam mir E. LABOULAYE, *Les tables de bronze de Malaga et de Salpesa*. Paris 1856, zu Händen. Es haben mich aber die dort ausgeführten Gründe nicht von der Unächtheit der fraglichen Stadtrechte zu überzeugen vermocht. Zu meinem Vergnügen sehe ich auch, während ich das Vorstehende der letzten Revision unterwerfe, die Erklärung von W. Henzen (in der Beilage zu Nr. 71 der Allgemeinen Zeitung [11. März 1856]) gegen LABOULAYE.

über die eigenthümliche Verpflichtung der praedes. Schon früher 53. hat man, wie es auch bei den ausdrücklichen Zeugnissen von Juristen und Grammatikern nicht anders möglich war¹⁾, erkannt, daß Caution durch praedes praediaque nur dem Staat, nicht auch Privatleuten gegenüber bestellt werden konnte.²⁾ Im Uebrigen aber war man auf Vermutungen angewiesen. In dem Stadtrecht der latinischen Gemeinde Malaca aber kommen nun zwei Cautionen vor: 1. Diejenige der öffentlichen Cassabeamten, von welchen schon bei ihrer Wahl Sicherheit bestellt werden mußte, „pecuniam communem saluam fore“; 2. diejenige der Pächter von Gemeindegefällen und der Uebernehmer von Gemeindebauten für ihre Verpflichtung aus der locatio conductio. Beide Cautionen geschehen praedibus praediisque³⁾ und über die obligatio praedum praediorumque findet sich folgende merkwürdige Stelle⁴⁾:

R(ubrica). De obligatione praedum praediorum cognitorumque.
 LXIII. Quicumque in municipio Flauio Malacitano in commune municipum eius municipi praedes facti sunt erunt, quaeque praedia accepta sunt erunt, quique eorum praediorum cognitores facti sunt erunt: ii omnes et quae cuiusque eorum tum [fuerunt] erunt, cum praees cognitorue factus est erit, quaeque postea esse, cum ii obligati esse coeper[u]nt, c[o]eperint, qui eorum soluti liberatique non sunt non erunt aut non sine d(olo) m(alo) sunt erunt, eaque omnia, [quae] eorum soluta liberataque non sunt non erunt aut non sine d(olo) m(alo) sunt erunt, in commune municipum eiuis municipii item obligati obligat[a]que sunt, uti ii e[a]ue p(opulo) R(omano) obligati obligatae essent, si apud eos, qui Romae aerario praes-

¹⁾ VARRO De L. L. V. 40; VI. 74 (Ed. MUELL.). FESTUS uu. praes und manceps. Auch GAIUS II. 61 ist zu beachten. Vgl. Th. Mommsen, die Stadtrechte der latinischen Gemeinden Salpensa und Malaca. Leipz. 1855 S. 467 Not. 31.

²⁾ Huschke, Nerrum S. 51. 66. Derselbe in Richter's und Schneider's Jahrbüchern Jahrg. 10 (Bd. 5) S. 605. Derselbe in der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft Bd. 14 S. 268. Wachsen, Pfandrecht S. 217 u. Andere.

³⁾ Aes Malac. LX und LXIII sqq. Vgl. Mommsen a. a. O. S. 466.

⁴⁾ Ich gebe den berichtigten Text, wie er sich in Mommsen's „Nachtrag“ zu den Stadtrechten (Leipz. 1855) findet.

53. sent ii praedes [i]que cognitores facti eaque praedia subdita subsignata obligataue essent. Eosque praedes eaque praedia eosque cognitores, si quit eorum, in quae cognitores facti erunt, ita non erit, qui quaeue soluti liberati soluta liberataque non sunt non erunt aut non sine d(olo) m(alo) sunt erunt, II uiris, qui ibi i(ure) d(icundo) praeerunt, ambobus alter[i]ue eorum ex decurionum conscriptorumque decreto, quod decretum cum eorum partes tertiae non minus quam duae adessent factum erit, uendere legemque his uendundis dicere ius potestasque esto; dum ea[m] legem is rebus uendundis dicant, quam legem eos, qui Romae aerario praeerunt, e lege praedioria praedibus praedisque uendundis dicere oporteret, aut, si lege praedioria emptorem non inueniet, quam legem in uacuom uendendis dicere oporteret; et dum ita legem dicant, uti pecunia MINFORE municipi Flauī Malacitani referatur luatur soluatur. Quaeque lex ita dicta [e]rit, iusta rataque esto.

R(ubrica) Vt ius dicatur e lege dicta praedibus et praedis uendundis.

- LXV. Quos praedes quaeque praedia quosque cognitores II uiri municipii Flauī Malacitani h(ac) l(ege) uendiderint, de iis quicumque i(ure) d(icundo) pr(aeerit), ad quem de ea re in ius aditum erit ita ius dicito iudiciaque dato, ut ei, qui eos praedes cognitores ea praedia mercati erunt, praedes socii heredesque eorum [i]que, ad quos ea res pertinebit, de is rebus agere easque res petere persequi recte possit.

Th. Mommsen¹⁾ hat nun mit diesen Stellen dasjenige, was sonst von der obligatio praedium praediorumque bekannt war, glücklich combinirend in überzeugender Weise dargethan:

1. Daß es für die Stellung der praedes praediaque besondere Formen nicht gab²⁾, daß vielmehr „die Autorisation (zu dem Geschäft) in dem Legalscharakter desselben (zu) suchen ist, d. h. in der dabei stattfindenden Mitwirkung des Magistrats“;

¹⁾ A. a. O. S. 468 ff.

²⁾ Bestritten von Dernburg in der (Heidelberger) Kritischen Zeitschrift Bd. 3 S. 82.

2. daß zwar auch das präbatorische Recht an dem Satz fest⁵³ hält, jede gerichtliche Satisfaktion sei in erster Linie durch Bürgen zu erbringen, daß aber jene Sicherheit insofern eine dingliche ist, „als die Bürgen ansässige Leute sein, auch die ihnen zuständigen Grundstücke in vollem Römischen Eigenthum stehen und dem Beamten ausdrücklich declarirt werden müssen (praedia subdere sub-signare obligare)“. „Sind diese Bürgen“, fährt Mommsen fort¹⁾, „gehörig der Gemeinde gegeben und vom Magistrat angenommen, so geht nun, falls die Bedingung, worauf die Bürgschaft lautet, überhaupt eintritt, die Gemeinde nicht an den Hauptschuldner, sondern unmittelbar an den praes; ja es geht dieß so weit, daß sogar der Hauptschuldner, wenn er will und der Magistrat ihn zuläßt, selber als praes haften kann. Wenn nun aber zur Rechtsverfolgung gegen den praes geschritten wird, so geschieht dieß nicht, wie man meinen möchte, durch Anrufung der Gerichte und Erwirkung der Execution, sondern der Gläubiger veranstaltet sofort den Verkauf des praes selbst mit seiner gesammten Habe, möchte sie zur Zeit des Contractsabschlusses schon von ihm besessen oder später erst erworben sein.“

Dieß war das präbatorische Recht, wie es noch zu Domitian's Zeiten auch in Rom bestand.²⁾ Die demselben eigenthümlichen Milderungen berühren uns hier weniger, weshalb ich rüch-sichtlich derselben lediglich auf Mommsen³⁾ verweise.

Ich bin nun überzeugt, daß die Verhaftung der praedes litis et uindiciarum keine andere war, als die geschilderte der praedes überhaupt. Ueber die entgegenstehenden Stellen bei Gaius kann ich mich erst unten⁴⁾ auslassen und muß daher vorerst jenen Satz ohne Beweis hier aufstellen.

Wenn aber die Verhaftung der praedes litis et uindiciarum eine so strenge war, so bliebe es höchst wunderbar, wenn überall und in jedem Eigenthumsprozeß auch für lieberliche, unsolide und

¹⁾ A. a. D. S. 471 f.

²⁾ Mommsen a. a. D. S. 466 vgl. mit S. 389 ff.

³⁾ A. a. D. S. 473 ff.

⁴⁾ S. unten § 55 S. 139 ff.

53. unbegüterte Beklagte sich praedes gefunden hätten. Für den Fall nun, wo nur die eine Partei nicht im Stande war, praedes aufzutreiben, ließe sich der Ausweg denken, daß der Gegner, sobald er praedes beibrachte, die vindiciae erhalten habe. Dafür spricht die Analogie des Verfahrens im späteren Formularprozeß.¹⁾ Wie aber, wenn keine der Parteien es vermochte, praedes zu stellen? Da mußte ein außerordentlicher Weg betreten werden, um die Ansprüche beider Theile zu sichern. Durch die Ertheilung der vindiciae an den Einen würde der Andere zu sehr gefährdet worden sein; Beiden zusammen aber konnte der Besitz auch nicht gegeben werden: es blieb daher nichts übrig, als entweder die Sache im richterlichen Gewahrsam zu behalten — woran bei der Einrichtung des alten Gerichtswesens nicht wohl gedacht werden kann —, oder aber sie einem Dritten, einem Sequester während der Dauer des Prozesses zur Bewahrung mit der Verpflichtung zu überantworten, sie dem bereinstigen Sieger zu restituieren. Daß Sequestrationen mit dieser Bestimmung zur Zeit des Plautus vorkamen, beweist das folgende aus der Vidularia gebliebene Fragment²⁾:

Ego seruabo, quasi sequestro detis: neutri reddibo, donec
 nunc

Res iudicata erit haec.

Haud fugio sequestrum

Nunc, ut apud sequestrum, iudicium posuimus.

§ 54.

Um aber meiner Behauptung einen weiteren Halt zu geben, muß ich etwas näher eingehen auf die legis actio sacramento überhaupt. Dabei bemerke ich von vorne herein, daß ich zunächst nur die legis actio sacramento in rem bei streitigen Mobilien ins

¹⁾ S. unten § 60. Vgl. auch Weßell, der Röm. Vindicationsprozeß. Leipzig 1845 S. 20.

²⁾ Ausg. von SCHMIEDER p. 883.

Auge fasse, indem ich, wie schon oben¹⁾ erwähnt, Differenzen über 54 bewegliche Habe für die ältesten halte und daher annehme, daß hierfür zuerst eine Prozeßform ausgebildet worden sei, welche später das Muster für das Verfahren beim Rechtsstreit über Immobilien und auch beim Streit über persönliche Rechte abgab.

Seit Keller's klassischer Ausführung²⁾ ist es die herrschend gewordene Meinung, daß der Einsatz der *summa sacramenti* aufzufassen sei als eine Art Prozeßwette zwischen den Parteien, ganz ähnlich der Prozeßwette bei der späteren in *rem actio per sponsionem praeiudicialis*. Dieser Ansicht ist zuerst Stinzing³⁾ entgegengetreten. Namentlich macht er darauf aufmerksam, daß es eine *prouocatio ad sacramentum* gar nicht gebe, sondern daß die Worte „*sacramento te prouoco*“ zu übersetzen seien: „ich fordere, rufe Dich auf durch *sacramentum*.“ Danach würde jene *prouocatio* nur als das Mittel erscheinen, „durch welches man die Gegner wirksam zum Rechtsstreit aufruft und sich selbst den Rechtsweg eröffnet.“⁴⁾ Nun läßt sich dagegen wohl geltend machen, daß: „ich fordere Dich auf durch *sacramentum*“, der Gegenseitigkeit wegen wenn auch nicht den Worten, so doch dem Sinn nach heißen kann: „ich fordere Dich auf zum *sacramentum*“⁵⁾, wie denn auch mit Bezug auf eine wirkliche Wette etwas Ähnliches vorkommt, indem das Horazische

*Crispinus minimo (BENTLEUS: nummo) me prouocat*⁶⁾

¹⁾ Vgl. § 4 S. 8 f.

²⁾ *Litiscontestation und Urteil* S. 189 ff. Vgl. auch Keller, *Röm. Civilprozeß* § 13 S. 47 ff. besonders S. 50.

³⁾ Ueber das Verhältniß der *legis actio sacramento* zu dem Verfahren durch *sponsio praeiudicialis*. Heibelberg 1853.

⁴⁾ *A. a. D.* S. 7 ff.

⁵⁾ Dies kommt auf dasselbe hinaus, was Keller in der 2. Aufl. seines *Röm. Civilprozeßes* § 13 S. 48 Not. 195 gegen Stinzing bemerkt hat. Allein auch so wird, wie oben im Text ausgeführt ist, kein Beweis für die Wette erbracht.

⁶⁾ HORAT. *Satyr.* I. 4, 14. Wie Römer in der (Münchener) Kritischen Ueberschau Bd. 2 S. 354 diese Worte, ohne zu unserm Meibium seine Zuflucht zu nehmen, übersetzen kann: „Crispinus fordert mich zum Einsatz eines Minimum auf“, ist mir wenigstens unbegreiflich.

54. wohl so zu erklären ist, daß Crispinus durch den Einsatz seinen Gegner zum Gegeneinsatz provocirt. Somit könnte das sacramento prouocare wohl so viel bedeuten als: „ich fordere dich durch Einsatz des sacramentum zum sacramentum auf.“ Allein wo liegt da der Beweis, daß in dem sacramento prouocare eine Prozeßwette der Parteien enthalten sei? Denn wollte man sagen: Bei Wetten kommt es vor, daß durch den Einsatz zum Gegeneinsatz provocirt wird; bei dem sacramento prouocare wird nun durch Einsatz des sacramentum zum Gegeneinsatz des sacramentum provocirt; folglich ist das sacramento prouocare eine Wette: so liegt das Trügerische dieses Schlusses klar am Tag. Dafür aber, daß in dem sacramento prouocare keine Wette enthalten, liegen der Gründe genug vor. An eine eigentliche sponsio ist zunächst gar nicht zu denken. Wollte man es aber mit Bèkker¹⁾ als ein „Streiten mit eingesezten Pfändern“ (pignore certare) betrachten, so ließe sich nicht leicht erklären, wie das sacramentum des unterliegenden Theils dem Aerar zufallen konnte, denn ein Pfand für die Wette setzt man doch nur dann ein, wenn man das dagegen gesetzte Pfand als Siegespreis zu erlangen hofft, und es wäre eigenthümlich, wenn, wie Bèkker meint, dem Entscheider der Wette der Wettpreis, auf welchen der Sieger hoffen konnte, als Lohn ganz überlassen worden wäre. Der Umstand aber, daß von dem Unterliegenden die summa sacramenti an den Staat verloren wurde, kann uns der Wahrheit einen Schritt näher bringen. Jede der Parteien tritt im Eigenthumsprozeß vor dem an Stelle des Staats sitzenden Prätor mit der Behauptung auf, sie sei Eigenthümerin der streitigen Sache. Der Staat kann nun verlangen, daß der seine Hülfe in Anspruch Nehmende und dadurch zeitraubende Verhandlungen Veranlassende von der Existenz des geltend zu machenden Rechts fest überzeugt sei und schon vorher bei sich überlegt habe, ob wohl sein Vorbringen der Wahr-

¹⁾ Prozeßual. Consumption S. 30. Den Gedanken von Bèkker hat schon Rudorff in der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft Bd. 13 S. 199 ausgesprochen, wenn er sagt: „das sacramentum — ist ein pignus mit einem commissorischem Vertrag zu Gunsten des Sequester.“

heit entspreche oder nicht. So war es billig, wenn der Staat 54. forderte, daß ihm von Jedem der Litiganten für den Fall, daß derselbe jener Pflicht nicht oder nicht gehörig nachgekommen sei, eine Strafe versprochen und dieses Versprechen durch sofortige Deposition der Straffsumme in sacro gesichert werde. Die Qualität der summa sacramenti als poena erkennen auch die Römer ausdrücklich an:

GAIUS Institutt. III. 13:

— nam qui uictus erat, summam sacramenti praestabat poenae nomine, eaque in publicum cedebat — —

FESTUS s. u. sacramentum (Cod. Farn. p. 152):

Sacramentum aes significat, quod poenae nomine penditur.

PSEUDO-ASCONIUS ad CIC. or. in Verr. II. 1, 9 § 26:

— Namque cum in rem aliquam agerent litigatores et poena se sacramenti peterent — —.¹⁾

Es läßt sich demnach behaupten: der Magistrat nahm keinen Prozeß an, ohne daß jede Partei ihre Behauptung dadurch bekräftigte, daß sie die summa sacramenti²⁾ einsetzte, oder versprach und sich verpflichtete, jene Summe dem aerarium zu überlassen, wenn ihre Behauptung eine falsche sei. Hierdurch entstand zwischen Jedem der Litiganten und dem Staat eine bedingte Obligation, in welcher der Staat Gläubiger, die betreffende Partei

¹⁾ Als „Buße“ faßt auch Hufschke, GAIUS. Beiträge zur Kritik und zum Verständniß seiner Institutionen. Leipzig 1855 S. 166, das sacramentum auf, nur in etwas anderer Weise: als Buße einer öffentlichen Rechts- und Friedensstörung.

²⁾ Ich muß übrigens der Behauptung Stinzing's a. a. D. S. 10 widersprechen, wonach das Wort sacramentum in seiner ursprünglichen Bedeutung nichts als ein Mittel zur Weihe, das medium, durch welches man weiht, bedeuten soll, so daß das Prozeßsacramentum für jede Partei als ein Act der Weihe das Mittel wäre, um sich den Rechtsweg zu öffnen. Aber sacramentum (von sacrare) bedeutet nach der Analogie von ornamentum [ornare], uelamentum [uelare], alimentum [alere] nicht sowohl ein Mittel oder einen Act der Weihe, als etwas, was der Weihe oder vielmehr dem Heiligen dient, und dieß paßt ganz gut, da wir bei Festus u. sacramentum (Cod. Farn. p. 153) lesen: „— Sacramenti autem nomine id aes dici coeptum est, quod et propter aerarii inopiam, et sacrorum publicorum multitudinem, consumebatur id in rebus diuinis.“

5¹. Schuldner war. Die Verpflichtung eines Jeden der streitenden Theile zur eventuellen Leistung der poena wurde in älterer Zeit gesichert durch sofortige Deposition der Straffsumme in sacro¹⁾, was entschieden mit der oben geschilderten uralten Sitte des pignus ponere in Zusammenhang steht, ja als ein solches dem Staat gegenüber geradezu aufgefaßt werden kann. Später wurden dem Prätor praedes für die summa sacramenti bestellt.²⁾ Dieß deutet nach dem oben über die praedes Mitgetheilten entschieden darauf hin, daß die eventuelle Verpflichtung zur Zahlung jener Summe nur dem Staat gegenüber bestand. Zugleich aber wird erklärlich, warum nirgends einer besonderen Stipulation der summa sacramenti erwähnt wird, da ja bei der Bestellung von praedes die Hauptobligatio, für welche man Sicherheit erzielte, ganz in den Hintergrund trat und überhaupt nicht in die Form einer stipulatio gekleidet wurde.³⁾ In der Bestellung der praedes ist der Act zu suchen, wodurch die Obligatio zur Bezahlung der poena sacramenti dem Staat gegenüber eingegangen wurde⁴⁾, während dieß in älterer Zeit durch Hinterlegung eines Pfands bei einem Sequester, also auch so, daß eine förmliche Stipulation unnütz gewesen wäre⁵⁾, geschehen war. Dabei muß ich nun aber behaupten, daß die praedes sacramenti nicht, wie es nach der Darstellung des Gaius der Fall zu sein scheint, erst nach dem Ordnen der uindiciae und nach Bestellung der praedes litis et uindi-

¹⁾ VARRO De L. L. V p. 180. (ED. MÜLLER.)

²⁾ GAIUS III. 13 und 16.

³⁾ Mommsen, Stadtrechte S. 469 und 471 und daselbst namentlich Not. 41: „Am klarsten zeigt sich dieß im Eigenthumsprozeß, wo der Kläger, wenn er gesiegt hatte und der Beklagte dennoch die Sache zurückhielt, gar gegen diesen nicht klagen konnte, sondern nur gegen die praedes litis et uindiciarum (GAIUS III. 16 und 94). Aber auch sonst ist es klar, daß das praedes dare der Zahlung vollständig gleichsteht und den Schuldner befreit.“ Vgl. auch Keller, Röm. Civilprozeß § 13 S. 48 Not. 19.

⁴⁾ Durch das, was wir nun über die Verpflichtung der praedes wissen, erledigt sich vollständig dasjenige, was Römer in der (Münchener) Kritischen Ueberschau Ab. 2 S. 355 ff. für einen besonderen Act der Sacramentsbestellung (neben der Bestellung von praedes) vorbringt.

⁵⁾ S. oben § 11.

ciarum gegeben wurden, sondern daß dieß sofort nach der *prouocatio sacramento* geschah. Gaius¹⁾ giebt eine besondere Darstellung der *legis actio sacramento in rem* nur bis zur gegenseitigen *Prouocation*. Dann fährt er fort:

— *deinde eadem sequebantur, quae cum in personam ageretur; postea Praetor secundum alterum eorum uindicias dicebat, id est interim aliquem possessorem constituebat, eumque iubebat praedes aduersario dare litis et uindiciarum id est rei et fructuum. Alios autem praedes ipse Praetor ab utroque accipiebat sacramenti, quod id in publicum cedebat. Festuca autem utebantur quasi hastae loco etc.*

Was in dem „*eadem sequebantur, quae cum in personam ageretur*“ enthalten ist, wissen wir nicht, da uns leider die Darstellung der *legis actio sacramento in personam* bei Gaius verloren ist. Recht wohl kann aber dort erzählt sein, daß die Bestellung der *praedes sacramenti* nach der *prouocatio sacramento* erfolgte und es kann dagegen nicht aufgeführt werden, Gaius führe ja die *praedes sacramenti* ausdrücklich erst nach dem Ordnen der *uindiciae* an, denn die chronologische Darstellung der *legis actio sacramento in rem* schließt mit der Erwähnung der Bestellung der *praedes litis et uindiciarum* ab und es folgen nun noch einzelne erläuternde Bemerkungen zu dem schon Vorgetragenen, was sich ganz deutlich darin zeigt, daß nochmals auf die *festuca* zurückgegangen und daß nun weiter erläutert wird, wie die streitige Sache selbst vor den Prätor gebracht werden mußte. Auch die Worte deuten darauf hin: denn nach *deinde* — *postea* läßt man nicht autem folgen, um etwas der Zeitfolge nach später Kommen- des anzufügen. Das autem dient eher dazu, um einen Gegensatz, durch welchen das Vorhergehende deutlicher gemacht wird, einzuleiten: es soll hervorgehoben werden, daß die *praedes sacramenti* lediglich zum Vortheil des *aerarium* bestellt wurden, während die *praedes litis et uindiciarum* indirect zur Sicherung derjenigen Partei dienten, welche die *uindiciae* nicht erhalten hatte. Ich

¹⁾ III. § 16.

54. habe daher kein Bedenken getragen, die Interpunction der Stelle so zu ändern, wie oben zu ersehen ist.

Nach Allem aber erhellt, wie das „*sacramento te prouoco*“ keineswegs als Aufforderung an den Gegner, eine gleiche Summe einzusetzen, aufzufassen ist, sondern vielmehr als eine Bestärkung der eigenen Vindication: „indem ich die auf leichtsinniges Prozeßiren gesetzte Strafe, das *sacramentum*, einsetze und riskiren will, *provocire* ich Dich *scil. ad litem*.“¹⁾)

§ 55.

Gehen wir nunmehr darauf über, das ganze Ritual der *legis actio sacramento* zu betrachten, so wird sich zeigen, wie dasselbe durch meine Annahme einen besseren Zusammenhang und tieferen Sinn erhält.

1. Feierliche Rechtshandlungen pflegen nicht zufällig, sondern indem sie sich an die im Leben und im Verkehr bestehenden Sitten anschließen, zu entstehen. Nun wissen wir, daß es uralter Römischer Brauch war, beim Streit über Mobilien die Sache einem Schiedsrichter, dem *sequester*, zu geben mit der Bestimmung, sie demjenigen zu restituiren, dem sie gehöre. Als ein geordnetes Gerichtsverfahren eingeführt wurde, schloß man sich dieser Sitte an. Der einzige Unterschied ist, daß jetzt nicht ein durch die Parteien frei erwählter Schiedsrichter, sondern in allen Fällen ein Vertreter des Staats, der Magistrat, die Streitsache als *Sequester* übernimmt und daß ein publicistisches Element in den Prozeß kommt, nämlich die Sorge um Erhaltung des öffentlichen Friedens, der Ruhe und Ordnung, welche dem Staat obliegt.

Vor dem Magistrat erscheinen die Parteien, die Sache mit sich führend, sie stellen ihren Streit dar, indem Jeder die Herrschaft über die Sache für sich in Anspruch nimmt und symbolisch andeutet, er sei gewillt, sein Recht nöthigenfalls mit körperlicher Gewalt zu vertheidigen. Der Prätor erläßt nun an Beide den Befehl, den öffentlichen Frieden zu erhalten und deshalb die Ansprüche factische Herrschaft über die Sache aufzugeben (*MITTITE*

¹⁾ Ähnlich wie *prouocare aliquem ad pugnam*. Crc. Tusc. III c. 22.

AMBO HOMINEM), mit anderen Worten: die *uia facti* zu verlassen und 55. die *uia iuris* zu betreten. Sobald die Parteien den Streitgegenstand fahren lassen, geben sie Beide den Besitz desselben symbolisch auf: der Zustand der Ruhe ist eingetreten, damit aber nicht der Zweifel gehoben. Deshalb kann auch jener Zustand nur ein provisorischer sein, um so mehr als es nicht in der Absicht des Staats liegt, die Sache auf die Dauer zu einer herrenlosen zu machen. Vielmehr muß der Magistrat selbst das augenblicklich ohne Besitzer sich befindende Streitsobject übernehmen und damit die Pflicht, dasselbe dem wahren Eigenthümer zurückzugeben.

An die Stelle des freiwilligen Abstehens von der Gewalt und der freiwilligen Uebergabe der Sache an den Schiedsrichter tritt also in dem Ritual der *legis actio sacramento* gleichsam Intervention des Staats in den seine Ruhe störenden Streit und der Befehl, die Streitsache dem Richter auszuantworten, bis dieser sie dem Eigenthümer restituiren kann.

2. Aber darzuthun, wer der wahre Eigenthümer sei, ist nicht die Sache des Staats, sondern die der Parteien. Es kommt daher nun die Sache in ein neues Stadium. Der nächste Versuch, welchen die angreifende Partei zu diesem Behuf macht, ist der, daß sie den Gegner zum Prozeß provocirt und dabei das Ernstliche und Wohlüberlegte ihres Schritts dadurch kundgibt, daß sie sich erbietet, die Straffsumme, welche der Staat auf ungegründete Rechtsbehauptungen vor seinem Vertreter gesetzt hat, zu riskiren. Ein Gleiches geschieht auch von dem Gegner¹⁾ und darauf erfolgt

3. die Deposition der *summa sacramenti* oder, wie es in späterer Zeit Sitte wurde, die Bestellung von *praedes* für dieselbe. Wie dieses aufzufassen, wurde oben dargethan. Natürlich ist es nun, daß die so zwischen dem Staat und den einzelnen Litiganten entstandenen Obligationen es zunächst sind, an welche das weitere prozessualische Verfahren sich anknüpft. Es muß entschieden werden, welcher der beiden Litiganten die eingelegte Summe an den Staat verloren habe (*utrius sacramentum*

¹⁾ Dazu passen die von Dernburg in der (Heidelberg) Kritischen Zeitschr. Bd. I S. 468 angeführten Worte: „SIMILITER EGO TE“ ganz vortrefflich.

55. *iustum sit, utrius iniustum*).¹⁾ Dieß thut aber der Staat, oder vielmehr sein Repräsentant, der Prätor, der ja dem Einzelnen gegenüber gewissermaßen Partei ist, nicht selbst, sondern es wird die Entscheidung einem dritten unparteiischen Richter überlassen, gerade so wie später bei der *extraordinaria cognitio* für die Entscheidung einzelner Fragen, von welchen das Urteil abhing, ein Privatrichter bestellt wurde (vgl. unten Beilage III).²⁾

4. Deshalb schloß sich an die *prouocatio sacramento* und die Deposition der *summa sacramenti resp.* die Bestellung von *praedes* für dieselbe als Fortsetzung der *prouocatio ad litem* die gegenseitige Aufforderung der Parteien, an einem bestimmten Tag vor den Decemviren, Centumviren, oder seit der *lex Pinaria* am dreißigsten Tag *ad iudicem capiendum* wieder vor dem Prätor zu erscheinen, an. Damit konnte das Verfahren in iure eigentlich schließen. Denn sobald der *iudex* entschieden hat, „*utrius sacramentum iustum, utrius iniustum sit*“, weiß der Prätor, wessen Behauptung die wahre, wessen die unrichtige war. Er mußte also jetzt die Sache, welche er durch den Befehl *MITTITE AMBO HOMINEM* als Sequester übernommen hatte, an denjenigen, *cuius sacramentum iustum erat*, wieder herausgeben. Allein da die Bewahrung der Sache durch das Gericht selbst bei der alten Gerichtsverfassung nicht gut möglich war, indem ja die meisten Dinge, um die es sich handeln konnte, der Beaufsichtigung, ökonomischen Pflege, Wartung u. bedurften, gab der Prätor

5. einer der Parteien für die Dauer des Prozesses den Besitz und ließ zugleich *praedes litis et iudicialium* von demjenigen, zu

¹⁾ Ähnlich Gutschke, GAIUS S. 166.

²⁾ Mit der obigen Annahme vertragen sich die gewöhnlich für die *pronunciatio*: „*utrius sacramentum iustum, utrius iniustum sit*“ angeführten Stellen (Cic. Pro Caec. c. 33; De oratore I. 10, 42; Pro domo c. 29; Pro Milone c. 27; ARNOBIUS aduersus gentes III. 16) recht wohl. Ich enthalte mich einer genaueren Betrachtung dieser Stellen, indem ich auf Dernburg in der (Heidelberg) Kritischen Zeitschrift Bd. 1 S. 462 ff., Stinzing a. a. D. S. 32 ff. und rücksichtlich der Stelle aus Cic. Pro Caec. auf Stahl, Ueber das ältere Röm. Klagenrecht, München 1827 S. 28 verweise.

dessen Gunsten die uindiciae geordnet waren, bestellen. (Gaius¹⁾ 35. sagt nun zwar ausdrücklich:

— —; postea praetor secundum alterum eorum uindicias dicebat, i. e. interim aliquem possessorem constituebat, eumque iubebat, praedes aduersario dare litis et uindiciarum i. e. rei et fructuum;

und²⁾

ideo autem appellata est PRO PRAEDE LITIS VINDICIARVM stipulatio, quia in locum praedium successit, quia olim, cum lege agebatur, pro lite et uindiciis, i. e. pro re et fructibus a possessore petitori dabantur praedes;

wonach anzunehmen wäre, die praedes seien dem Gegner bestellt worden. Dieß hat noch neuerdings Dernburg³⁾ veranlaßt, im Widerspruch mit Mommsen die publicistische Natur der obligatio durch praedes in Abrede zu stellen und anzunehmen, ursprünglich sei es möglich gewesen, sich einem Jeden gegenüber als praes zu verpflichten, und dieß habe dieselbe Wirkung gehabt wie das nexum: Zulässigkeit der legis actio per manus iniunctionem gegen den Säumigen; später, mit Aufhebung der legis actio per manus iniunctionem gegen die nexi, seien bei Privatrechtsgeschäften Verbürgungen jener Form geschwunden, bei Verbürgungen an den Staat geblieben; so erklärten sich die Darstellungen bei Varro und Festus, welche den Zustand ihrer Zeit beschrieben, und es sei nun begreiflich, „warum die Darstellungen des Privatrechts aus der Kaiserzeit von den praedes nicht mehr sprechen, wie sie auch schweigen von den uades und subuades.“ Diese Ansicht lehnt sich insofern an Mommsen an, als auch dieser annimmt, es habe in urgrauer Zeit einmal ein Schulrecht bestanden, wonach jeder säumige Schuldner, wenn es dem Gläubiger gefiel, ohne Weiteres dessen Slave wurde.⁴⁾ Darin aber weicht Dernburg von Mommsen ab, daß er die prädiatorische Verpflichtung

¹⁾ III. 16.

²⁾ III. 94.

³⁾ (Heidelberger) Kritische Zeitschrift Bd. 3 S. 81 ff.

⁴⁾ Stadtrechte S. 473.

55. für Privatforderungen bis in die Zeit heraufgehen läßt, „wo die legis actio per manus iniectioem den Schuldnern gegenüber abgeschafft wurde, welche sich durch nexum verpflichtet hatten.“ Allein da wären gewiß ebensogut wie vom nexum Nachrichten von den praedes für Privatforderungen auf Varro und Festus gekommen und diese hätten es sicher nicht unterlassen, ihre Antiquitätensammlungen mit diesem Factum zu bereichern. Ueberdem scheint mir das Wesen der prädiatorischen Verpflichtung gerade darin zu bestehen, daß der praes ohne vorgängige legis actio per manus iniectioem verkauft werden konnte¹⁾, ein Punkt, den Dernburg zu übersehen scheint, der aber seine ganze Ausführung, welche auf eine ungerechtfertigte Identificirung der prädiatorischen Verpflichtung mit dem nexum hinausläuft, zunichte macht. Auch Mommsen²⁾ erkennt, daß die obigen Stellen des Gaius seiner Annahme entgegenstehen: er sucht aber dieselben zu entfernen durch die Behauptung: das formelle Prozeßobject, das sacramentum falle dem Staat zu, also sei es genau genommen eben das Volk, das durch einen seiner Bürger Klage erhob, so daß demnach auch mit Recht durch praedes cavirt worden sei. Daß aber das sacramentum das eigentliche Streitobject sei, ist nach unseren obigen Ausführungen unrichtig, somit auch die Meinung, es sei das Volk, welches als eigentlicher Kläger bei der legis actio sacramento erscheine. Ueberdem würde, selbst wenn jene Behauptung begründet wäre, doch dadurch die Ausdrucksweise des Gaius noch nicht erklärt.

Ich glaube nun aber auch, daß sich der Widerspruch des Gaius nicht vollständig entfernen lassen wird. Doch kann man versuchen, zu erkennen, wie derselbe zu seiner Darstellung gekommen ist.

Der Staat hatte sich durch die Uebernahme der streitigen Sache verpflichtet, diese demjenigen zurückzuerstatten, dessen Klagebehauptung sich als die wahre herausstellen werde. Durch das Ertheilen der iudiciae an einen der Litiganten wird diese Ver-

¹⁾ Mommsen a. a. D. S. 472.

²⁾ A. a. D. S. 468.

pflichtung nicht gelöst, es bleibt immer noch die Verbindlichkeit, 55. demjenigen, der die *uindiciae* nicht erhalten hat, falls dieser siegen sollte, die Sache abzugewähren. Deshalb muß der Staat sich gegen alle Pflichtverletzung von Seiten desjenigen, dem er den Besitz übergeben hat, schützen, und dieß thut er, indem er sich *praedes litis et uindiciarum* bestellen läßt. Jedenfalls ging die Verpflichtung, für welche *praedes* bestellt wurden, darauf, daß der Litigant, welcher die *uindiciae* erhalten hatte, das Streitobject ic., falls sich seine Behauptung als die unrichtige herausstellen würde, dem Staat oder aber dem Gegner zurückerstatten werde. Freilich war das Eigenthum des Eigenthümers der Streitsache durch die Uebergabe derselben an den Staat nicht untergegangen; nur das damals bestehende Klagrecht war hierdurch *ipso iure* zerstört¹⁾; durch das Ertheilen der *uindiciae* aber entstand, wenn dieselben zu Gunsten des Nichteigenthümers geordnet wurden, wieder eine bedingte Restitutionspflicht des Letzteren dem Eigenthümer gegenüber. Diesem Recht des Eigenthümers dienten die dem Prätor gegebenen *praedes* ebenfalls zum Schutz, freilich nur auf indirectem Weg. Es ist daher erklärlich, wenn Gaius in der ersten der oben abgedruckten Stellen, bloß das endliche Resultat ins Auge fassend, den Gedanken: „Der Prätor befahl, daß *praedes litis et uindiciarum* zu Gunsten des Gegners bestellt wurden,“ so ausdrückt, daß er sagt: „Der Prätor befahl, dem Gegner *praedes litis et uindiciarum* zu bestellen“²⁾, indem er dann in Gegensatz dazu stellt: „andere *praedes* aber empfing der Prätor selbst“, d. i. im endlichen Erfolg zu Gunsten des Staats für die *summa sacramenti*. Die ungenaue Ausdrucksweise des Gaius ist um so entschuldbarer, als ihm offenbar bei der Darstellung der *legis actio sacramento* der zu seiner Zeit noch gebräuchliche,

¹⁾ GAIUS III § 108.

²⁾ Wenn es nicht der Schreibweise des GAIUS widerspräche, würde ich vorschlagen, anstatt „*eumque iubeat praedes aduersario dare*“ zu lesen: „*eumque iubeat praedes sibi et aduersario dare*.“ Der Coder hat nach Göschen's Angabe *psides*. Da könnte *p* als Sigle für *praedes* stehen, *sides* aber recht wohl verlesen sein anstatt *sibi et*.

55. manche Analogieen bietende Sponsionenprozeß vorschwebte¹⁾ und er gewiß gerade an dieser Stelle an die *in rem actio per spon- sionem praeiudicalem* mit ihrer *stipulatio pro praede litis et uindictiarum*²⁾ dachte. Bei dieser freilich ist an eine besondere Verpflichtung des Besitzers dem Staat gegenüber nicht zu denken, deshalb kann auch eine Bestellung von *praedes* nicht stattfinden, wohl aber wird die eventuelle Verpflichtung des Besitzers dem Nichtbesitzer gegenüber dadurch gesichert, daß der Erstere dem Letzteren sich noch besonders durch Stipulation verpflichtet. Diese Stipulation hat also dem endlichen Resultat nach denselben Zweck, welcher früher durch die *praedes litis et uindictiarum* erreicht wurde, daher auch der Name und die Erzählung des Gaius, daß sie in *locum praedium* getreten sei und daß die *praedes* dereinst a *possessore petitori* gegeben worden wären.

§ 56.

Ich will hier nun noch beiläufig ausführen, wie meine Auffassung der *legis actio sacramento* auch ganz wohl mit dem vielbesprochenen § 48 des 4. Commentars der Institutionen des Gaius vereinbar ist.

Es ist hinlänglich beglaubigt, daß zur Zeit der Könige noch keine eigentliche Trennung des Prozesses in das Verfahren *in iure* und in das Verfahren *in iudicio* stattgefunden habe.³⁾ Soll man nun meinen, diese Trennung sei durch das Zwölftafelgesetz gleich vollständig ausgebildet — so wie wir sie später im Formularprozeß erblicken — eingeführt worden? Gewiß nicht. Sicher haben schon die Könige, trotzdem daß die Leitung des ganzen Prozesses und die Ertheilung des Endurteils ihnen zukam, zur Untersuchung einzelner, den Endbescheid bedingender Thatfragen Privatrichter bestellt⁴⁾, sicher hat man an diese Sitte bei der Ord-

¹⁾ Vgl. GAIUS III. 13.

²⁾ GAIUS III. 91 und 94.

³⁾ CACEBO De republ. V. 2. Vgl. Dernburg a. a. O. Bd. I S. 459.

⁴⁾ Vgl. Bethmann-Hollweg, Gerichtsverfassung und Prozeß S. 3 Not. 2.

nung des Legisactionenprozesses sich angeschlossen, nur daß hier 56. das Ernennen eines iudex zur Entscheidung der die eigentliche Schlußsentenz bedingenden Frage „utrius sacramentum iustum, utrius iniustum sit“ feststehend und notwendig wurde. Der Ausspruch des iudex: „A¹A¹ sacramentum iniustum est“ oder „N¹N¹ sacramentum iniustum est“ enthält aber noch keine directe Entscheidung des Prozesses, sondern es ist damit erst indirect erklärt, wessen Klagbehauptung die wahre gewesen, wessen die unwahre. Mit einem solchen indirecten Ausspruch konnte der Prozeß nicht abschließen¹⁾: es wäre ja nicht abzusehen, was darauf für eine Execution hätte erfolgen sollen.²⁾ Gewiß also mußte noch ausdrücklich erkannt werden, die Klagbehauptung des A¹A¹ oder N¹N¹ ist die wahre und deshalb hat der Eine oder der Andere das Recht, die Sache fortzubestitzen, resp. der Gegner, welcher die vindiciae erhalten, ist verbunden, dieselbe herauszugeben. Weigert sich dieser, so ist der Rechtsweg gegen die praedes litis et vindiciarum geöffnet und somit für eine vollkommen ausreichende Execution gesorgt.

Es sollen hier nicht die Gründe nochmals wiederholt werden, welche schon von Stinzing³⁾ und Huschke⁴⁾ dafür aufgebracht worden sind, daß das Resultat der legis actio sacramento ein litem addicere oder, wie es auch sonst heißt, litem secundum alterum dare gewesen sein müsse. Nur das ist noch zu bemerken, daß jener Ausspruch nicht vom iudex geschehen konnte, dessen Amt mit der pronuntiatio utrius sacramentum iustum, utrius

¹⁾ Vgl. Stinzing a. a. O. S. 33. S. 36 ff.

²⁾ Die manus iniectio mit ihrer Formel „QVOD TV MIHI IVDICATVS SIVE DAMNATVS ES“ etc. GAIUS III. 21 doch gewiß nicht. Vgl. Bekker, prozessual. Consumption S. 320. Uebrigens geben die Worte „Q. T. M. I. S. D. E. SESTERTIVM X MILIA“ einen vollen Beweis dafür ab, daß auch bei der legis actio sacramento in personam der Sacramentsprozeß nicht mit der Entscheidung über das sacramentum schließen konnte, sondern daß eine condemnatio in ipsam rem erfolgen mußte.

³⁾ A. a. O. S. 36 ff.

⁴⁾ GAIUS S. 168 ff. Besonders schlagend ist die von Huschke angeführte Stelle aus GELLIUS Noct. Att. 20. 1 § 37.

56. iniustum esset endigte; wohl aber war es Pflicht des Prätor, welcher durch die pronuntiatio Gewißheit über den Grund oder Ungrund der von den Litiganten erhobenen Behauptungen erhalten hatte, nunmehr auch zu erklären, wen der Staat als Eigentümer anerkennen und schützen werde. Daher setzt denn auch Gaius der pecuniaria condemnatio im Formularprozeß die condemnatio in ipsam rem der früheren Zeit ganz im Allgemeinen gegenüber, so daß dabei nicht bloß an die Zeit der Könige, sondern auch an die der Legisactionen zu denken ist.

GAIVS Institut. III. 48:

Omnium autem formularum, quae condemnationem habent, ad pecuniariam aestimationem condemnatio concepta est: itaque et si corpus aliquod petamus, uelut fundum, hominem, uestem, aurum, argentum, iudex non ipsam rem condemnat eum cum quo actum est, sicut olim fieri solebat, [sed] aestimata re pecuniam eum condemnat.¹⁾

Wenn es heißt iudex non ipsam rem condemnat etc., so ist von einem eigentlichen iudex datus nur für die neuere Zeit die Rede. Der Gedanke ist: „der iudex verurteilt beim Formularprozeß nicht in ipsam rem — sondern in eine Geldsumme“, und dabei wird die antiquarische Bemerkung gemacht, daß vor dem Formularprozeß eine condemnatio in ipsam rem erfolgte, ohne daß dabei näher auseinandergesetzt wäre, durch wen: ob durch den iudex, ob durch den Prätor. Es handelt sich hier ja nur darum, wie, nicht von wem das Urteil gesprochen wurde. Es ist um so leichter erklärlich, daß Gaius hier nicht ausdrücklich sagt, von wem vormalig die condemnatio in ipsam rem geschah, da die alte Quelle, welche er vor sich liegen hatte²⁾, vielleicht auch sagte: iudex — ipsam rem condemnat

¹⁾ Der Vorschlag von M. S. MAYER Ad GAI Inst. com. III § 48 Tub. 1853, das von GOESCHEN hinzugefügte *sed* vor *sicut* anstatt vor *aestimata re* einzuschalten, ist schon von FUSCHE, GAIUS S. 167 f., aus überzeugenden Gründen zurückgewiesen worden.

²⁾ Wie GAIUS alte Quellen benutzte, kann einigermaßen ermessen werden aus der Vergleichung folgender Stellen:

eum cum quo actum est. Möglich, daß er dabei nicht bedachte, 56. wie es in alter Zeit, nach dem ausdrücklichen Zeugniß des Livius¹⁾, Sitte war, die Consuln, etwas später aber, die Prätores iudices zu nennen. Im Sinn der Quelle des Gaius würde also iudex gerade den Prätor bedeutet haben. Uebrigens spricht Gaius bei den Legisactionen überhaupt nirgends von einer eigentlichen Trennung des Verfahrens in das ius und das iudicium, und auch anderswo wird meines Wissens ausdrücklich hiervon nicht gehandelt. Der § 15 des 4. Commentars der Institutionen des Gaius giebt bloß ganz beiläufig eine Schilderung des Verfahrens vor dem iudex, welcher zur Entscheidung über die incidente Präjudicialfrage utrius sacramentum iustum,

PSEUDO-ASCONIUS in Cic. act. II in
C. Verrem I. I c. 9 § 26:

Alii sic adnotant: Comperendinatio est secunda actio. Item: Comperendinatio est ab utrisque litigatoribus inuicem sibi denunciatio in perendum diem. Namque cum in rem aliquam agerent litigatores et poena se sacramenti peterent, poscebant iudicem, qui dabatur post trigesimum diem: quo dato deinde inter se comperendum diem, ut ad iudicium uenirent, denunciabant. Quo cum esset uentum, ante quam causa ageretur, quasi per indicem rem exponebant: quod ipsum dicebatur causae coniectio, quasi causae suae in breue coactio. Alii sic: — —

GAIUS Institutt. III. 15:

— postea uero reuersis dabatur post diem XXX. iudex. — —

postea tamen quam iudex datus esset, comperendum diem, ut ad iudicem uenirent, denunciabant; deinde cum ad iudicem uenerant, ante quam apud eum causam perorarent, solebant breuiter ei et quasi per indicem rem exponere: quae dicebatur causae collectio, quasi causae suae in breue coactio.

Daß PSEUDO-ASCONIUS hier den GAIUS benutzt habe, ist unwahrscheinlich, sowohl wegen der Abweichungen, als auch wegen des bei GAIUS fehlenden Eingangs der Stelle, welchen Ps.-ASCON. sicher nicht selbst gemacht hat. Das umgekehrte Verhältniß ist nicht möglich. Folglich muß Beiden ein und dieselbe Quelle vorgelegen haben und es zeigt sich, daß GAIUS fast wörtlich derselben gefolgt ist.

¹⁾ III. 55: „— quod his temporibus (a. u. c. 306) nondum consulem iudicem, sed Praetorem, adpellari mos fuerit.“ — Auch SEXTUS CAECILIUS bei GELLIUS Noct. Att. XX. 1, 37 kann wohl unter iudex den Prätor verstehen.

Muther, Sequestr.

56. *utrius iniustum sit* bestellt war. Von dem eigentlichen Endurteil im *Legisactionenprozeß* aber ist an keiner Stelle des *Gaius* außer in dem citirten § 48 die Rede. Bei so kurzer und wenig ins Einzelne eingehender Behandlung der Sache ist es erklärlich, daß sich *Gaius* an einem Ort, wo es sich um ganz andere Dinge handelt, eine genauere Auseinandersetzung darüber, wer im *Legisactionenprozeß* das Urtheil sprach, sparte, um so mehr, da ja auch das Wort *iudex* in doppeltem Sinn gebraucht wird und sowohl den *iudex datus* als den Magistrat bezeichnen kann. Uebrigens ist wohl *Gaius* in Bezug auf den ältesten *Legisactionenprozeß* kein allzuverlässiger Gewährsmann. Ihm schweben stets die Einrichtungen seiner Zeit vor Augen, namentlich die *legis actio sacramento*, wie sie noch bei Sachen, welche vor die *Centumviri* kamen, geübt wurde¹⁾, und da diese sicher nicht mehr genau dieselbe war wie vor Alters²⁾, muß das von ihm Berichtete mit eben dem kritischen Blick betrachtet werden, mit welchem wir jetzt die anderen historischen Ueberlieferungen der Römer über die ältere Zeit anzusehen pflegen.

§ 57.

Rehren wir nunmehr, nach kurzem Abschweifen, zur *Sequestration* zurück, so haben wir bei dem Ertheilen der *uindiciae* im *Legisactionenprozeß* wieder anzuknüpfen. Der Prätor kann die streitige Sache während der Dauer des Prozeßes nicht selbst bewahren: er giebt sie daher einer der Parteien gegen Stellung von *praedes litis et uindiciarum* zurück. Sobald aber keine von beiden Parteien *praedes* aufzubringen vermag, mußte er dennoch die Sache selbst bis zum Endurteil behalten — wenn er sich nicht anders zu helfen wüßte. Einem der Litiganten kann er sie nicht zurückgeben, da hierdurch der Andere gefährdet würde; er selbst will sich ihrer ökonomischen Pflege nicht unterziehen: es bleibt also bloß

¹⁾ *GAIVS* III. 31 und 95. *GELLIUS* Noct. Att. 16. 10. *CICERO* Pro Caec. 33 § 97. Or. pro domo 29 § 78.

²⁾ Dieß geht in einer Beziehung aus *GAIVS* III. 95 selbst hervor.

übrig, daß er sie entweder einer dritten Person zur Aufbewahrung 1c. während des Processes einhändige, oder daß er sie bei den Theilen unter gewissen Bedingungen zurückgebe. Durch das Erstere würde er sich persönlich einer nicht geringen Gefahr aussetzen, er müßte jedenfalls für den von ihm bestellten Depositär einstehen, und wenn er sich selbst gegen dessen Nachlässigkeit oder bösen Willen sicherstellen wollte, so würde er nicht leicht Jemanden gefunden haben, der ohne allen pecuniären Vortheil die Bewahrung einer fremden Sache übernommen und noch Bürgen oder sonstige Sicherheit für sein tadelloses Verhalten rücksichtlich der Bewahrung, Rückgabe 1c. gestellt hätte. Viel einfacher war daher der zweite Weg. Der Prätor gab die Sache bei den Theilen zurück mit dem Befehl, dieselbe bei einem unparteiischen Dritten bis zum Austrag des Streits zu deponiren. Jetzt war es Sorge der Litiganten, einen solchen Depositär zu finden. Der Prätor aber war durch die Rückgabe der Sache an die Parteien der Sorge für dieselbe überhoben, wenngleich seine richterliche Verpflichtung, den gestörten Rechtszustand wiederherzustellen, also dem Eigenthümer die Sache wiederzuverschaffen, fortbestand. Dafür aber, daß sein endlicher Ausspruch realisirt werden könne, war dadurch gesorgt, daß die Sache bei einem Sequester deponirt wurde. Ein Fehler bei der Bestellung des Depositär fiel beiden Theilen zur Last, und wenn daher durch die Schuld Jenes die Realisirung des Urtheils unmöglich geworden wäre, so hätten die Parteien das sich selbst zuzuschreiben gehabt, ohne an den Prätor irgendwie ihren Regreß nehmen zu können. Die Deposition der Sache geschah also durch Rechtsgeschäft zunächst zwischen den Parteien selbst, dann aber auch zwischen den Parteien und dem Depositär. Diese Rechtsgeschäfte sind keine anderen als die gewöhnlich bei der Sequestration vorkommenden. Das Rechtsgeschäft zwischen den Parteien ist Vertrag mit Pfandgebung, das Rechtsgeschäft zwischen den Parteien und dem Sequester dasjenige, welches oben (§§ 17 ff.) geschildert worden ist. Der Vertrag zwischen den Parteien geht dahin, daß Beide sich anheischig machen, der Realisirung des zukünftigen Urtheils nicht entgegenstehen zu wollen, und diese Verpflichtung wird dadurch gesichert, daß sie die

57. streitige Sache mit der Bestimmung bei einem beiderseitigen Vertrauensmann deponiren, daß dieser sie nur dem Sieger dereinst herausgeben soll. Durch die Deposition wird also eine reale Sicherung des Vertrags selbst erzielt, sie kann daher recht gut als gegenseitige Niederlegung eines Pfandes (in dem oben § 40 näher angegebenen Sinn) aufgefaßt werden. Es gilt überhaupt im Ganzen von dieser Verpfändung dasjenige, was oben vom *pignus ponere* beim *compromissum* gesagt wurde, weshalb wir hier dorthin zurückverweisen.

§ 58.

Es ist nun leicht erklärlich, daß die Parteien zum Sequester wohl sehr häufig denjenigen gewählt haben werden, der schon zum *iudex* ernannt war. Die Vereinbarung der Parteien über die Person des *iudex*¹⁾ und die Ernennung desselben durch den Magistrat²⁾ fand vor der *lex Pinaria* sonder Zweifel gleich nach der *prouocatio sacramento* und der Deposition der *summa sacramenti resp.* der Bestellung von *praedes* für dieselbe statt.³⁾ Es war also, wenn es zum Ordnen der *iudiciae*, bezüglich zur Sequestration des Streitobjects kam, der *iudex* schon ernannt und es ist begreiflich, daß man dem Vertrauensmann, welchem man die Entscheidung des Streits übertragen hatte, auch gern das Streitobject anvertraute, gerade so wie man ja auch gewohnt war, dem compromissarischen arbiter den Streitgegenstand zu übergeben. Nach Erlass der *lex Pinaria* freilich war die Wahl des *iudex* zum Sequester nicht mehr möglich, da in Folge jenes Gesetzes der *iudex* erst am dreißigsten Tag nach Vornahme der *legis actio* ernannt wurde.⁴⁾ Natürlich mußten jetzt die Litiganten noch während des Verfahrens in *iure* über die Person des Sequester sich einigen,

¹⁾ CICERO *Pro Cluentio* c. 43. *Pro Q. Roscio* c. 14. Vgl. VALER. MAXIMUS II. 8, 2. Bethmann-Hollweg, Gerichtsverfassung und Prozeß C. 2 und 3. Keller, *Röm. Civilprozeß* § 8 C. 35 Not. 140.

²⁾ Keller a. a. D. Not. 141.

³⁾ GAIUS III. 15. Keller a. a. D. § 13 C. 48 f. § 14 C. 58.

⁴⁾ GAIUS I. c.

während die Einigung über die Person des Richters erst dreißig Tage 58. nachher geschah. Sie konnten dann freilich den schon gewählten Sequester auch zum iudex vorschlagen. Zu der Zeit aber, wo Plautus seinen Mercator dichtete, scheint es noch gebräuchlich gewesen zu sein, den schon ernannten iudex auch zum Sequester zu machen. Dieß zeigen die Worte:

De istac iudex sum captus. — —

— — — — —

— — — — —

— Sic sequestro mihi data est.

Daraus könnte wohl — wenn anders unsere ganze Ausführung einige Realität hat — ein Schluß auf die Zeit der lex Pinaria gemacht werden.

β. Zeit des Formularprozesses.

aa. Die Sequestration als Erfas für die satisfactio iudicatum solui.

§ 59.

Es ist nicht unsere Aufgabe, zu schildern, wie sich aus dem Legisactionenprozeß der Formularprozeß entwickelte. Eine der Hauptveränderungen aber war, daß jetzt im Vindicationsprozeß die Litiganten von vorne herein mit bestimmten Parteirollen auftraten oder mit anderen Worten, daß schon vor der eigentlichen Vindication der Besitzstand geordnet sein mußte, so daß im Vindicationsprozeß selbst nicht zwei noch über den Besitz streitende Theile einander gegenübertraten, sondern ein das Eigenthum behauptender Nichtbesitzer und ein das Eigenthum behauptender Besitzer.¹⁾ Es ist schon bestimmt, wer während der Dauer des Prozesses besitzen wird, der Prätor braucht nicht mehr beiden Litiganten den Besitz zu entziehen und selbst zu übernehmen, um ihn dann einer Partei gegen Bestellung von praedes vorläufig wieder zurückzugeben: der factische Zustand des Besitzes selbst ist jetzt als ein Recht (ius possessionis) anerkannt, welches nur dem stärkeren Recht auf Besitz (ius possidendi), welches im

¹⁾ Vgl. Huschke, GAIUS S. 188 und 190.

59. Eigenthum liegt, welchen muß. Es steht nunmehr der Grundsatz fest: *melior est causa possidentis*, und so ist die Fortdauer des Besizes während des *petitorium* nicht mehr auf ein besonderes Zugeständniß des Prätor basirt, welches eine Verpflichtung, für welche *praedes* bestellt werden müßten, hervorruft, sondern auf ein eigenes und selbständiges, in dem Besiz selbst enthaltenes Recht des Besitzenden. So fällt denn die Bestellung von *praedes litis et iudicialium* notwendig hinweg. Aber da es ungewiß ist, ob das unmittelbare dingliche Recht am Streitobject, welches der Beklagte während des ganzen Prozesses besitzt, ihm oder dem Kläger zustehe, liegt eine Unbilligkeit darin, daß Letzterer „sich einstweilen mit der bloßen Erwartung begnügen soll, daß der günstige Ausgang des Prozesses ihm den Besiz verschaffen werde.“¹⁾ Deshalb wurde es für billig und angemessen erachtet, dem Kläger seine Erwartung durch Versprechen und durch Bürgen von dem Gegner sichern und gewährleisten zu lassen. Dieß ist deutlich ausgesprochen von

GAIUS III. 89:

Igitur si uerbi gratia in rem tecum agam, satis mihi dare debes: aequum enim uisum est te ideo quod interea tibi rem, quae an ad te pertineat dubium est, possidere conceditur, cum satisfactione mihi cauere, ut si uictus sis, nec rem ipsam restituas nec litis aestimationem sufferas, sit mihi potestas aut tecum agendi aut cum sponsoribus tuis.

§ 60.

Die fraglichen Cautionen sind bei der *in rem actio per sponsionem praeiudicialem* die *stipulatio pro praede litis et iudicialium*, bei der *formula petitoria* die *cautio iudicatum solui*. Die Letztere wird regelmäßig mittelst *satisfactio* bestellt.²⁾ Ueber die Verpflichtung, sie zu leisten und über ihre Fassung entscheidet

¹⁾ Keller, Röm. Civilprozeß § 56 S. 229.

²⁾ GAIUS III. 88 sqq. Pr. I. de *satisfactionibus* (4. 11). Rubr. D. qui *satisfacere cogantur* (2. 8). GAIUS Fr. 1 eod.

nach gepflogener Verhandlung der Magistrat¹⁾: ungehorsame Verweigerung bestraft er durch die Rechtsnachteile der fehlenden Defension, durch Missionen u.²⁾ Eine besondere Entscheidung haben wir für den Fall, wo bei der hereditatis petitio von Seiten des Beklagten die satisfactio iudicatum solui verweigert wird:

IUL. PAULLUS Sententiae receptae I. 11 § 1:

Quoties hereditas petitur satisfactio iure desideratur; et si satisfactio non detur, in petitorem hereditas transfertur. Si petitior satisfactio noluerit, penes possessorem possessio remanet; in pari enim causa potior est possessor.

Hiernach wird, wenn der Beklagte sich weigert, Bürgen zu stellen, der Besitz der Erbschaftsachen auf den Kläger übertragen, natürlich unter der Voraussetzung, daß nun er die satisfactio vornehme; kann oder will er aber diese nicht leisten, so bleibt der Besitz der fraglichen Erbschaftsachen bei dem Beklagten, und zwar ohne Satisfactio, „quia est melior causa possidentis.“ Ein Gleiches hat gewiß gegolten, wenn der mit der rei vindicatio belangte Besitzer einer Sache die cautio iudicatum solui nicht leistete. Dieß zeigt eines der von Endlicher gefundenen Fragmente aus Ulpian's Institutionen³⁾:

adipiscendae quam recipiendae possessionis, qualia sunt interdicta QVEM FVNDVM et QVAM HEREDITATEM. Nam si fundum uel hereditatem ab aliquo petam, nec is defendat, cogitur ad me transferre possessionem, siue numquam possedi, siue ante possedi, deinde amisi possessionem

Es ist nun auch allgemein angenommen, daß bei Verweigerung der satisfactio iudicatum solui von Seiten des mit einer dinglichen Klage Belangten der Kläger die Uebertragung des Besitzes auf sich dadurch durchsetzen konnte, daß er ein interdictum adipiscendae possessionis auswirkte.⁴⁾ Als Beispiele von solchen

¹⁾ Keller a. a. O. § 77 C. 318 Not. 896.

²⁾ Keller l. l.

³⁾ Fr. VI. Neueste (4.) Ausgabe des BOECKING'schen ULPIAN p. 132.

⁴⁾ HEINECCIUS Antiquitat. Romm. iurispr. illustr. syntagma III. 11, 2. Ruborff in der Zeitschrift für geschichtl. Rechtswissenschaft Bd. 9 C. 19 ff.

60. Interdicten werden genannt die *interdicta QVEM FVNDVM, QVAM HEREDITATEM, QVEM VSVMPRVCTVM*. Nur über Eines ist Streit. Rudorff¹⁾ behauptet nämlich, daß bei Vindicationen mit Ausnahme der *hereditatis petitio* der Kläger für den ihm übertragenen Besitz nur dann zu caviren brauche, „wenn der Beklagte, nachdem er den Besitz restituirt hat, einen neuen Prozeß gegen ihn erheben will“, daß hingegen bei der *hereditatis petitio* der Beklagte auch im ersten Prozeß den Besitz nicht anders herauszugeben genötigt sei, als wenn ihm der Gegner Cautio biete. Dem ist schon von Beßell²⁾ widersprochen worden und in der That ist nicht einzusehen, warum aus der Stelle von Paulus *argumento a contrario* hervorgehen sollte, daß bei den Vindicationen mit Ausnahme der *hereditatis petitio* die *translatio possessionis* auf den Kläger stattfinden auch ohne daß derselbe sich zur *satisfactio* erbiete, da ja überall dieselbe ratio: „*melior est causa possidentis*“, Platz greift und überdem das Endlicher'sche Fragment das *interdictum QVEM FVNDVM* mit dem *interdictum QVAM HEREDITATEM* völlig gleichstellt, so daß ein ganz besonderer Grund vorhanden sein müßte, um einen Unterschied zu statuiren. Wir nehmen daher mit der älteren Doctrin³⁾ an, auch bei der *rei vindicatio* sei, wenn der Beklagte die *satisfactio iudicatum solui* verweigerte, der Besitz nur dann auf den Kläger übertragen worden, wenn dieser bereit war, jene Cautio zu bestellen. Gesah das Letztere nicht, so behielt der Beklagte den Besitz, und zwar ohne Satisfaction. Wie aber, wenn der Beklagte *suspecta persona*⁴⁾, ein verdächtiger Mensch, ist, von welchem auch bei persönlichen Klagen — die doch ohne besonderen Grund keiner cautio von Seiten des Beklagten bedürfen⁵⁾ — *satisfactio iudicatum solui* gefordert werden könnte? Soll hier auch

Beßell, der Röm. Vindicationsprozeß S. 23 und 105. Hartmann, Con-
tumacialverfahren S. 176. Keller, Röm. Civilprozeß § 65 S. 266 Not. 755.

¹⁾ A. a. D. S. 38.

²⁾ A. a. D. S. 23 und 24.

³⁾ Vgl. HEINECCIUS l. c. III. 6, 25 i. f. und den dort citirten IACOB.
MENARDUS ad Cic. Verr. I. 45.

⁴⁾ S. unten Beilage III.

⁵⁾ GAIUS III § 102.

der Grundsatz „*melior est causa possidentis*“ gegenüber der durch 60. die Verdächtigkeit des Besitzers bei Weitem vergrößerten Gefahr des Klägers durchschlagen und dem Letzteren gar keine Sicherung werden für seine Erwartung, als Sieger im Prozeß die streitige Sache u. überantwortet zu erhalten? Gewiß haben sich die Römer nach einer solchen Sicherung umgesehen, und es findet sich auch wirklich eine Stelle von Ulpian, welche die nötigen Anhaltspunkte giebt, um zu erkennen, wie man in derartigen Fällen zu verfahren pflegte.

§ 61.

Fr. 7 § 2 qui satisfacere cogantur (2. 8):

ULPIANUS (libro XIII^o ad Edictum)

Si satisfdatum pro re mobili non sit, et persona suspecta sit, ex qua satis¹⁾ desideratur: apud officium deponi debeat, si hoc iudici sederit, donec uel satisfactio detur, uel lis finem accipiat.

Daß hier von der satisfactio iudicatum solui die Rede, läßt sich nicht läugnen. Es geht dieß aus dem Zusammenhang des ganzen Fragments, aus den Worten: „si satisfdatum pro re mobili non sit“ und aus dem Umstande hervor, daß von einer Prozeßcaution gesprochen wird, die bis zum Ende des Prozeßes bestehen bleibt („uel lis finem accipiat“), also nicht gut eine andere sein kann, als jene satisfactio iudicatum solui.²⁾ Man könnte dabei vielleicht an einen Prozeß in Folge einer persönlichen Klage auf Restitution der betreffenden res mobilis denken (z. B. der actio commodati, depositi, locati etc.). Dann würden die Worte et suspecta persona sit wohl erklärlich sein, denn bei persönlichen Klagen kann, wie wir wissen, die satisfactio iudicatum solui nur aus besonderen Gründen gefordert werden, und ein solcher Grund

¹⁾ *Vulg.* satisfactio. So auch *Ms. Bamb. D II 1.*

²⁾ ANTON. FABER *Rationalia in Pand. ad h. l.* HUBER, *Eunomia Romana ad h. l.* (p. 94). GÜLDF., *Pandectencommentar* Bd. 3 S. 435. WEGELL, *Röm. vindicationsprozeß* S. 24. Derselbe, *System des ordentl. Civilprozeßes*. Leipzig 1854 S. 196.

61. ist es, wenn die Person des Beklagten verdächtig ist. Dieser Annahme aber widersprechen die Worte: „Si satisdatum pro re mobili non sit, et persona suspecta sit, ex qua satis desideratur.“ Dieß kann unmöglich so aufgefaßt werden, als ob die satisfactio von dem Beklagten gefordert werde, weil er eine persona suspecta sei, vielmehr wird gesagt: wenn in dem Prozeß über die res mobilis keine satisfactio geleistet ist und die Person, welche Satisfaction stellen soll, suspect ist. Die ökonomische Verdächtigkeit ist also nicht der Grund, weshalb die satisfactio gefordert wird, sondern bei einem Beklagten, der schon aus andern Gründen zur satisfactio verpflichtet war und dieselbe nicht geleistet hat, kommt noch die ökonomische Verdächtigkeit hinzu. Wir müssen uns daher nach einer andern causa, aus welcher satisfactio iudicatum solui im Prozeß bestellt wird, umsehen. Diese ist nicht schwer zu finden. Wir brauchen bloß, wie es auch den Worten am angemessensten ist, anzunehmen, daß es sich um einen Eigenthumsprozeß über die res mobilis handle, so ist vollkommen erklärt, wie von dem Beklagten satisfactio iudicatum solui gefordert werden konnte. Dabei heißt es aber ganz im Allgemeinen: „Si satisdatum pro re mobili non sit“, „wenn keine Satisfaction geleistet ist.“ Warum sagt Ulpian nicht: „si satisdatum pro re mobili ab eo cum quo agitur non sit“? Gewiß weil die Bestellung der satisfactio nicht nur von dem Beklagten unterlassen ist, sondern weil auch der Kläger, welcher den Besitz in Folge der Nichtleistung der Caution durch den Beklagten erlangen konnte, es nicht vermochte, die Caution aufzubringen.¹⁾ Der Sinn ist also: Wenn für eine res mobilis weder vom Beklagten, noch vom Kläger Satisfaction geleistet wurde und noch dazu kommt, daß der ursprünglich zur Caution Verpflichtete, welcher nun die Sache in Folge des Grundsatzes „melior est causa possidentis“ ohne Caution während der

¹⁾ Entschieden mißverstanden ist daher die Stelle in den Basilik. (VII. 14, 7 § 2. HEIMB. t. 1 p. 303): *Ἐάν ὑποπτός ἐστιν ὁ περὶ νικητοῦ πράγματος ἐναγόμενος καὶ μὴ δίδωσι τὴν περὶ καταβολῆς τῶν κεκριμένων ἱκανοδosis, μεσεγγυᾶται τῇ τάξει, εἴγε συνήδει ὁ δικαστής, ἕως ἂν δῶ ἑγγύας, ἢ περατωθῇ ἡ δίκη.*

Dauer des Prozesses behalten würde, eine verdächtige Person ist 2c. 61. Dieß also der Fall, um dessen Entscheidung es sich handelt. Dabei will ich bemerken, daß auch der Umstand, daß hier gerade hervorgehoben, es handle sich um eine *res mobilis*, darauf hindeutet, daß von einem Eigenthumsprozeß die Rede. Die Besitzer unbeweglicher Sachen sind überall von *satisfactio* befreit.¹⁾ Wenn von der Verpflichtung zur *satisfactio* bei einem Eigenthumsprozeß gesprochen werden soll, ist es also notwendig, zu erwähnen, daß der Prozeß um eine *res mobilis* geführt wurde. Wäre aber von einer persönlichen Klage die Rede, so würde das besondere Hervorheben der *res mobilis* als rein zufällig und grundlos erscheinen, denn hier ist eine *suspecta persona* — mag es sich nun um eine *res mobilis* oder *immobilis* handeln — immer zur *satisfactio* verpflichtet, da sie sich nicht auf den Besitz der *res immobilis* berufen kann, sondern höchstens auf die *detentio nomine alieno*, welche ihr das Recht der Befreiung von der *Caution* nicht giebt.

§ 62.

Noch ein anderer Umstand ist es, welcher mich veranlaßt, den unserer Stelle zu Grunde liegenden Fall so zu reconstituiren, wie eben geschehen. Obgleich die Römer im Allgemeinen den Satz anerkennen: „*Plus cautionis in re est, quam in persona*“²⁾, hat doch Ulpian in demselben Buch desselben Werks (Lib. XIII^o ad Edictum), dem unser Fr. 7 § 2 entnommen ist, den Ausspruch gethan:

Fr. 7 de stipulationib. praetoriis (46. 5):

*Praetoriae satisfactiones*³⁾ *personas desiderant pro se intervenientium, et neque pignoribus quis, neque pecuniae, uel auri, uel argenti depositione in uicem satisfactionis fungitur.*

¹⁾ MACER Fr. 15 qui satisfacere cogantur (2. 8). Der in dieser Stelle ausgesprochene Satz wird, wie sich in der Folge noch ergeben wird, durch den Inhalt vieler kaiserlicher Constitutionen unterstützt, so daß ich die wegen der Inscription (MACER libro I^o appellationum) erhobenen Zweifel Keller's, Röm. Civilprozeß § 47 S. 192 Not. 543, nicht theilen kann.

²⁾ POMONIUS Fr. 25 de R. I. (50. 17).

³⁾ *Vulg.* stipulationes.

62. Schon oben (§ 40) wurde erwähnt, daß diese Stelle nur von solchen praetoriae stipulationes handle, für welche im Edict ausdrücklich satisdatio als Cautionsmittel vorgeschrieben sei.¹⁾ Daß die cautio iudicatum solui zu den praetoriae satisfationes gehörte, ist keinem Zweifel unterworfen. Wollten wir nun annehmen, daß im Fr. 7 § 2 qui satisfacere cogantur (2. 8) bloß der Beklagte keine satisfatio iudicatum solui geleistet habe und sich durch die Deposition des Streitobjects von der satisfatio habe befreien können²⁾, so würde Ulpian mit sich in Widerspruch gerathen, denn man könnte dann wirklich sagen: „is cum quo agitur rei mobilis d. q. a. depositione in uicem satisfationis fungitur.“

Eine andere Gestalt aber nimmt die Sache an, wenn wir an den von uns oben aufgestellten Fall denken. Da tritt nicht

¹⁾ ULPIANUS Fr. 52 d. V. O. (45. 1); Fr. 1 § 1 de stipulatt. praetor. (46. 5). VENULEIUS Fr. 9 eod. Schlayer in Linde's Zeitschrift N. F. Bd. 9 S. 190 leitet aus der Stelle den Satz her: Obgleich das Röm. R. die Pfandbestellung im Allgemeinen als eine Art der Cautio kenne, sei doch dieselbe bei prozessualischen Cautionen nie angewendet worden: die prozessualischen Cautionen des classischen Röm. Rechts seien sämmtlich praetoriae stipulationes gewesen und diese wären in der Regel in der Form der satisfatio geleistet worden: nur bei einigen nichtprozessualischen habe man auch bloße re promissio zugelassen. Selbst im Justinianischen Recht bilde die Bürgschaft die allein zulässige Form der Realcaution im Prozeß und davon sei der einzige Ausnahmefall in Nou. 123 c. 21 enthalten (vgl. ebenbas. S. 207). Die Unrichtigkeit dieser Wahres und Falsches gründlich vermengenden Behauptung wird sich aus den obigen und den weiter unten folgenden Ausführungen ergeben. Für jetzt bemerken wir bloß, daß es genug Stellen giebt, welche beweisen, der Ausspruch Ulpian's in Fr. 7 de stipulationib. praetor. (46. 5) stehe nicht so ganz allgemein und ohne Ausnahme da. Vgl. einstweilen ULPIAN in Fr. 1 § 9 de collatione (37. 6) und dazu ARNDTS, Pandekten § 530 Not. 4.

²⁾ Darauf kommt die ältere Erklärung der Stelle: die Sache sei sequestrirt worden, wenn der Beklagte keine hinreichende satisfatio iudicio sisti stellen können, hinaus. Vgl. CUIACIUS in lib. II. PAULLI Ad Edict. ad L. 6 depositi (Ed. Francof. 1596 p. 27); namentlich Io. ROBERTUS Sententiar. iur. lib. III c. 22 (Ed. Helmstad. 1688 p. 377 sqq.). GLÜCK, Pandektencommen-
tar Bd. 9 S. 435.

einfach an die Stelle der *satisfactio* Deposition der streitigen Sache, 62. sondern erst nachdem sich herausgestellt hat, daß eine *satisfactio* weder vom Beklagten, noch vom Kläger erlangt werden kann, welchesfalls der Beklagte die Sache ohne *Satisfactio* fortbesitzen könnte, und noch ein besonderer Grund eingetreten ist, weshalb dennoch auf eine Sicherung des Klägers gedacht werden muß, wird zur Deposition des Streitgegenstands geschritten. Diese dient gewissermaßen demselben Ziel, wie die *satisfactio iudicatum solui*, sie tritt aber nicht geradezu an die Stelle derselben. Vielmehr ist sie als eine besondere Art von prozessualischer Cautionsleistung aufzufassen, welche für einen besonders gearteten Fall angeordnet ist. Mir ist es gar nicht unwahrscheinlich, daß Fr. 7 de stipulationib. praetor. (46. 5) und Fr. 7 qui satisfactio cogantur (2. 8) ursprünglich in directem Zusammenhang standen und zwar so, daß in Fr. 7 de stipulationib. praetor. (46. 5) die Regel rücksichtlich der praetoriae satisfactiones ausgesprochen war, während in dem Folgenden und darunter in dem jetzt das Fr. 7 § 2 qui satisfactio cog. (2. 8) bildenden Stück nur weitere Ausführungen dieses Satzes, Konsequenzen aus ihm auf einzelne Fälle angewendet, und endlich auch Beschränkungen desselben enthalten waren. Wie viel dabei die Compileratoren gekürzt, gestrichen, verändert haben, läßt sich nicht leicht ermessen. Das aber scheint mir gewiß zu sein, daß wenigstens Fr. 7 § 2 cit. interpolirt ist.

§ 63.

Wir haben schon insofern unserer Untersuchung vorgegriffen, als wir bei Analysirung des in der Stelle vorausgesetzten Falls erwähnten, das Streitobject müsse deponirt werden, und zwar, wie die Stelle selbst sagt: „apud officium.“ Wenn es nun auch zweifellos ist, daß die Anfänge der officia schon in die frühere Kaiserzeit fallen, so steht doch zu behaupten, daß zur Zeit Ulpian's nur die neuen kaiserlichen Centralbeamten und Provinzialstatthalter eigentliche, militärisch organisirte officia und officiales hatten, deren sie sich hauptsächlich bei Ausübung der Polizei- und Criminaljurisdiction bedienten, während die alten aus der Republik herübergenommenen Magistratsbeamten noch ganz dieselben Unterbeamten

63. hatten, wie früher. Dies geht daraus hervor, daß in fast allen Stellen der späteren klassischen Juristen, wo *officia*, *officialia* u. erwähnt werden, dieselben ausdrücklich als Gehülfen von neuen kaiserlichen Central- und Provinzialbeamten bezeichnet oder Dienste derselben genannt sind, welche sich auf Kriminaljurisdiction und Polizei beziehen¹⁾, während in vielen anderen Stellen die *uiaiores*, *lictores* u. der Prätores vorkommen²⁾, so daß zu ersehen ist, wie wenigstens zur Zeit Ulpian's von einem officium der in Rom die Civiljurisdiction in erster Instanz ausübenden Prätores noch nicht die Rede war.³⁾ Eine Stelle von Paulus: Fr. 17 de in ius uocando (2. 4), spricht zwar von einer *cautio iudicio sisti apud officium*, ist aber sicher interpolirt, da dergleichen Cautionen wohl dem Justinianischen Recht⁴⁾, keineswegs aber dem Prozeß in den klassischen Zeiten bekannt waren. Auch Fr. 74 § 1 de euiction. (21. 2) von Hermogenian kann interpolirt sein, obwohl diesem Juristen schon eher die Erwähnung des officium bei einem Act der Civiljurisdiction zuzutrauen wäre. Ulpian aber hat gewiß im Fr. 7 § 2 cit. die Worte „*apud officium deponi debebit*“ nicht geschrieben.⁵⁾ Wie wir oben gesehen, denkt der Jurist an einen Eigenthumsprozeß, und da er dabei keinen concreten, besonders gestalteten Fall vor Augen hat, müssen wir uns

¹⁾ SCAEVOLA Fr. 43 § 1 de pignorat. act. (13. 7). ULPIANUS (libr. VIII^o de offic. proconsul.) in Fr. 1 § 27 de quaestionib. (48. 18). Id. Fr. 6 de bonis damnator. (48. 20). Id. Fr. 5 § 27 ut in poss. legator. (36. 4). PAULL. Fr. 8 de custod. reor. (48. 3). Fr. 34 de R. C. (12. 1). Id. Sentent. recept. I. 6 A § 4. MODESTINUS Fr. 72 de furtis (47. 2).

²⁾ ULPIANUS Fr. 8 de manum. uindict. (40. 2). Id. Fr. 5 § 13 de reb. eor. qui sub tut. (27. 9); Fr. 5 § 27 cit., wo die *uiaiores* geradezu den *officialia praefecti* gegenübergestellt werden. Id. Fr. 32 de iudiciis (5. 1). HERMOGENIAN. Fr. 23 de manum. uindict. (40. 2).

³⁾ Vgl. Bethmann-Hollweg, Gerichtsverfassung und Prozeß § 15 namentlich S. 165 Not. 20 und 21.

⁴⁾ Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 256 ff. S. besonders u. § 134.

⁵⁾ Auch ANTON. FABER Rational. in Pand. ad h. l. bestritt die Richtigkeit dieser Worte, aber ohne weiter Gründe dafür anzugeben. U. HUBER Eunom. Rom. ad h. l. widerspricht daher FABER, indem er sich auf Fr. 74 § 1 de euictionib. (21. 2) und auf Fr. 17 de in ius uocando (2. 4) beruft.

den einfachen, gewöhnlichen Verlauf eines solchen Prozesses ver- 63.
gegenwärtigen. Der rechtsprechende Magistrat in solchen Ange-
legenheiten war zu Ulpian's Zeit der Prätor, dieser hatte aber
kein officium, folglich konnte bei seinem officium das Streitobject
nicht deponirt werden. Eher wären Ulpian die Worte „apud
aedem aliquam deponi debet“ zuzutrauen.¹⁾ Diesen Ausdruck
gebraucht er öfter²⁾ und es deutet derselbe auf die uralte Sitte
hin, wertvolle und wichtige Sachen in den Tempeln zu deponiren,
die auch zu Ulpian's Zeiten noch in Uebung war.³⁾ Doch
glaube ich nicht, daß in unserer Stelle „apud aedem aliquam
deponi debet“ gestanden habe, da Ulpian im Allgemeinen
sagt: „si satisdatum pro re mobili non sit.“ Nun läßt sich wohl
die Deposition von Gold, Silber, Geld und anderen leblosen be-
weglichen Dingen in einem Tempel denken, nicht aber die Depo-
sition von lebenden Gegenständen, z. B. einer Schaf- oder Vieh-
heerde. Solche werden am einfachsten bei einem bonus uir de-
ponirt, der für den Unterhalt und die Verpflegung derselben an-
gemessen sorgen kann, und deshalb meine ich, die Worte des
Ulpian seien gewesen: „apud sequestrem deponi debet.“

An dieser Stelle aber könnte mir Jemand den Einwand
machen, daß Ulpian noch an einem anderen Ort einer depositio
apud officium erwähne und daß deshalb doch schon eine solche
Deposition zu seiner Zeit angewendet worden sein müsse. Es
heißt in

Fr. 11 § 1 ad exhibendum (10. 4):

Quo autem loco exhiberi rem oporteat, uel cuius sumptibus,

¹⁾ Dieß fñhlt PET. PERRENONIUS Animaduersion. l. I c. 15 i. f. (OTTONIS
Thesaur. t. I p. 612) und deshalb sagt er, „apud officium deponi debet“ heiße
so viel als „apud aedem publicam, quoniam publicae personae ac officiales
curam habebant aedium publicorum.“ Allein in Fr. 9 § 8 de poenis (48. 19),
worauf er sich beruft, finde ich nichts, was diese Ansicht unterstützen könnte,
und C. 1 § 2 de communi seruo manumisso (7. 7) von IUSTINIAN spricht bloß
vom Anbieten des Preises per publicas personas und der darauf folgenden
depositio in aede, wenn trotz des Anerbietens jene Summe nicht angenommen
worden ist. — Noch GLÜCK a. a. O. Not. 31 folgt dem PERRENONIUS.

²⁾ Z. B. in Fr. 5 § 2 depositi (16. 3); Fr. 1 § 37 eod.

³⁾ S. unten Beilage I.

63. uideamus; et LABEO ait, ibi exhibendam, ubi fuerit, quum lis contestaretur, periculo et impendiis actoris perferendam perducendamue eo loci, ubi actum sit. Pascere plane seruum, uestire, curare possessorem oportere ait. Ego autem arbitror interdum etiam haec actorem agnoscere oportere, si forte ipse seruus ex operis uel artificio suo solebat se exhibere, nunc uero cogitur uacare. Proinde et si apud officium fuerit depositus exhibendus, cibaria debebit agnoscere, qui exhiberi desiderauit, si non solebat possessor seruum pascere; nam si solebat, sicuti pascit, ita et cibaria potest non recusare. — —

Es handelt sich um den Ort und die Kosten der Exhibition. Dabei wird der Fall besonders bedacht, wo in einem Exhibitionsstreit der seruus exhibendus zum Vchuf der Sicherung etwaiger zukünftiger Exhibition deponirt ist. Eine solche Deposition kam, wie wir unten sehen werden (§§ 67 ff.), häufig vor, und zwar in früherer Zeit in Form der Sequestration. Deshalb glaube ich, daß die Stelle ursprünglich geheißen hat: „Proinde et si apud *sequestrem* fuerit depositus exhibendus.“ Die Compilatoren, denen eine eigentliche depositio apud sequestrem im Prozeß unbekannt war, corrigirten Ulpian, indem sie die zu ihrer Zeit sehr gewöhnliche Deposition apud officium — die wir noch näher kennen lernen werden — einsetzten, wodurch freilich die ganze Stelle einen anderen Sinn bekam und nun auf die Justinianische cautio iudicio sisti zu beziehen ist, welche dem Executor geleistet wird, wenn er die Klagschrift und Ladung überbringt.

§ 64.

Und nun soll noch der Hauptgrund angegeben werden, welcher mich veranlaßt, eine depositio apud officium für die Zeit des Formularprozesses zu verwerfen und anzunehmen, daß damals anstatt derselben wirkliche depositio apud sequestrem stattgefunden habe. Ueberall herrscht im alten Röm. Prozeß den Parteien gegenüber nicht das Prinzip des directen, sondern das des indirecten Zwangs; erst allmählig und behutsam wurden Ausnahmen davon gemacht. Namentlich wo der Magistrat eine Cautionsbestellung für nötig hielt, ordnete er unter den Parteien Rechts-

geschäfte an, deren Vornahme nur insofern notwendig heißen⁶¹. kann, als die Partei, welche sie verweigerte, von gewissen Rechtsnachteilen betroffen wurde. Einen anderen Sinn hat es nicht, wenn Ulpian den in Folge von Privatdisposition bestellten Cautionen, den *cautiones uoluntariae*, jene in Folge richterlichen Befehls errichteten Cautionen als *cautiones necessariae* gegenüberstellt.¹⁾ Eine Ausnahme machen gewissermaßen die *missiones in possessionem*. Allein diese sind als ganz außerordentliche Hilfsmittel zu betrachten, was sich darin zeigt, daß sie äußerst sparsam nur in den Fällen angewendet wurden, für welche sie aus besonderen Gründen geordnet waren. Die Zahl der Ausnahmen würden wir unnütz vermehren, wenn wir aufstellen wollten, schon das klassische Röm. Recht habe in der *depositio apud officium* eine notwendige Caution in dem Sinn gekannt, wie sie sich im Justinianischen Prozeß findet. Ueber diese können wir freilich erst unten ausführlicher sprechen. Aber soviel wird jetzt schon einleuchtend sein, es sei dem ganzen inneren Wesen und äußeren Zuschnitt des Formularprozesses angemessener, anzunehmen, daß der Prätor, wo er eine Sequestration für notwendig hielt, diese durch Privatrechtsgeschäft der Parteien unter sich und der Parteien mit dem Sequester habe vornehmen lassen, als zu behaupten, der Prätor habe ohne Weiteres befohlen, die Sache bei seinen Unterbeamten niederzulegen, damit sie dem obsiegenden Theil ausgehändigt werden könne. Ein solches Verfahren würde nur dann am Platz gewesen sein, wenn der Prozeß auf *Naturalerecution* abgezielt hätte, und daß dieses — wenn man auch gegen das Ende der klassischen Zeit Abweichungen sich erlaubt zu haben scheint²⁾ — nicht der Fall war, ist ja allbekannt.

§ 65.

Fassen wir nunmehr das Resultat vorstehender Erörterung zusammen, so ergibt sich, daß Ulpian in Fr. 7 § 2 *qui satisfacere cogantur* (2. 8) nichts Anderes sagen wollte, als: Beim

¹⁾ Fr. 7 § 1 *qui satisfacere cogantur*. (2. 8).

²⁾ Vgl. Keller, Röm. Civilprozeß § 81 S. 341 und 342.

Butcher, Sequester.

65. Eigenthumsprozeß über eine *res mobilis* muß vom Beklagten *satisfactio iudicatum solui* geleistet werden; kann dieser sie nicht bestellen und ebenso nicht der Kläger, zu Gunsten dessen sonst *translatio possessionis* stattgefunden hätte, so ist, wenn der Beklagte suspect, der Streitgegenstand bei einem Sequester zu deponiren, und zwar so lange, bis eine Partei sich zur *satisfactio* erbietet oder der Prozeß durch Urtheil entschieden wird, natürlich aber nur, wenn der Richter (und hier ist nicht an den *iudex datus*, sondern an den Magistrat zu denken) es so anordnet. Daß „*si iudici sederit*“ deutet noch darauf hin, daß in ähnlichen Fällen der Richter wohl auch andere Wege einschlagen konnte, daß er deshalb den angegebenen nur dann zu betreten brauchte, wenn er ihm der zweckmäßigste und angemessenste zu sein schien.

§ 66.

Unser Fall der Sequestration ist offenbar nahe verwandt mit demjenigen, welchen wir bei der *legis actio sacramento* kennen lernten. Fast in demselben Verhältniß, in welchem jene Sequestration zu den *praedes litis et iudiciarum* stand, befindet sich unsere Sequestration zu der *satisfactio iudicatum solui*, und ebenso gut wie man sagen kann, die *satisfactio iudicatum solui* sei bei der *formula petitoria* an die Stelle der *praedes litis et iudiciarum* getreten, können wir aufstellen, die Sequestration, welche bestimmt ist, die fehlende *satisfactio iudicatum solui* zu ersetzen, ist an die Stelle derjenigen getreten, welche dann angewendet wurde, wenn es an *praedes litis et iudiciarum* mangelte. Daraus läßt sich schon schließen, daß beide Arten der Sequestration denselben Charakter tragen werden. Ich verweise daher auf dasjenige zurück, was ich oben (§ 57) über die rechtliche Natur der Sequestration bei der *legis actio sacramento* gesagt habe. Doch ist hier noch zu erinnern, daß bei dem Eigenthumsprozeß *per formulam petitoriam* zwar von vorne herein Kläger und Beklagter, d. h. Nichtbesitzer und Besitzer, einander gegenüberstehen, daß aber der keine *satisfactio iudicatum solui* leistende Beklagte, obwohl er, da auch der Kläger jene Caution nicht bestellt, das Streitobject

während des Prozeßes behalten dürfte, aus dem besonderen Grund, 66. weil er suspect ist, den Besitz desselben aufgeben muß. Dem Kläger dagegen steht weder der Besitz zu, noch kann er ihn, da er nicht *satisfactio* leistet, bekommen; wohl aber hat er das Recht, zu verlangen, daß nicht der verdächtige Gegner besitze. Wenn nun der Prätor befiehlt, die Sache bei einem Dritten zu deponiren, so will er gewiß, daß die Deposition nicht einseitig von dem Beklagten, wodurch nur dieser eine *actio depositi* erwerben würde, sondern daß sie von beiden Theilen geschehe, indem es ja noch unentschieden, wer Eigenthümer ist und wer somit gegen den Sequester ein Rückforderungsrecht erhalten soll. Da nun derjenige, welcher als Eigenthümer anerkannt ist, nöthigenfalls die *actio depositi* gegen den Sequester haben muß und diese Klage nur dem in eigener Person oder durch einen Stellvertreter Deponirenden zusteht, nicht aber dadurch erworben wird, daß ein Anderer mit der Bestimmung, der Erste solle die Sache erhalten, deponirt¹⁾, so ist notwendig die Deposition sowohl von dem Kläger, als dem Beklagten (oder von einem derselben im Namen Beider) zu bewirken. Durch die Anordnung, die Sache zu sequestriren, fordert also der Prätor die Parteien auf, sich gegenseitig anheischig zu machen, die Realisirung des zukünftigen Urtheils nicht hindern, sondern baldigst eintreten lassen zu wollen, und dieses *pactum* — das übrigens wohl nicht ausdrücklich abgeschlossen zu werden braucht — durch sofortige Deposition des Streitobjectes beim Sequester zu sichern. Es liegt daher wieder Realsicherung eines Vertrages durch Deposition einer Sache vor, oder mit andern Worten Verpfändung dieser Sache mit Hinterlegung derselben bei einem Dritten. Die Verpfändung der Sache geschieht von beiden Seiten, wie oben beim *Compromissum* mittelst Sequestration und ist auch im Allgemeinen so aufzufassen, wie dort. Wollten wir im Sinn der Römischen Juristen das Verhältniß näher bezeichnen, so müßten wir sagen: die Sache ist *pignoris loco*. Nur das sei noch bemerkt, daß nach Fr. 7 § 2 cit. die Deposition immer so

¹⁾ Die Bestimmung in C. 8 ad exhibendum (3. 42) kann hiergegen nicht angeführt werden, da dieses Gesetz erst von Diocletian und Maximian erlassen ist.

66. geschah, daß als die Bedingung der Rückgabe durch den Sequester aufgestellt wurde: entweder Bestellung der *satisfactio iudicatum solui* von einer Seite, indem dann die Letztere den Besitz während der Dauer des Prozesses bekam, oder, wenn dieser Fall nicht eintrat, Beendigung des Streits durch Urteil u., indem dann der Sieger die Sache herausfordern konnte.

Wenn wir die verschiedenen Arten von Prozeßcautionen betrachten, bei denen wir die Sequestration als Cautionsmittel haben anwenden sehen, so können wir für die klassische Zeit recht gut den Fall denken, daß eine Sache bei der Verabredung des ersten Termins von den Theilen freiwillig sequestrirt, dann aber nach Exhibition durch den Sequester und nach Ordnen des Besitzstands wieder bei demselben Sequester deponirt worden sei, um die *satisfactio iudicatum solui* zu ersetzen, und zwar diesmal mit der Bestimmung, daß sie nur demjenigen herausgegeben werde, welcher den Sieg davon tragen würde.

bb. Die Sequestration als Ersatz für die Caution zur Sicherung künftiger Exhibition.

§ 67.

Die Anwendung der Sequestration, welche wir eben kennen gelernt haben, steht nicht vereinzelt da. Geradeso wie hier die Sequestration bestimmt war, in einem gewissen Fall die *satisfactio iudicatum solui* zu ersetzen, sehen wir sie unter gewissen Voraussetzungen an die Stelle anderer Prozeßcautionen treten. Ein Zeugniß dafür finden wir zunächst in

Fr. 16 de officio Praesidis (l. 18):

MACER (libro I^o de officio Praesidis)

Senatusconsulto cautetur, ut de his, quae provincias regentes comitesue¹⁾ aut libertini eorum, antequam in provinciam vene-

¹⁾ Ich folge hier der auf handschriftlicher Autorität beruhenden Lesart HALOANDERS. Vgl. GEBAUER in seiner Ausgabe des Corpus iuris ad L. s. l. Not. 57. Comites kommt in den Pandekten immer nur für die Begleiter der Provinzialregenten vor (vgl. DIRKSEN Manuale s. u. comes § 2) und wenn später, namentlich im Codex Theodosianus, auch Provinzialbeamte selbst co-

rint, contraxerunt, parcissime ius dicatur: ita ut actiones, 67. quae ob eam causam institutae non essent¹⁾, postea quam quis eorum ea prouincia excesserit, restituantur. Si quid tamen inuito accidit, ueluti si iniuriam aut furtum passus est, hactenus ei ius dicendum est, ut litem²⁾ contestetur, resque ablata exhibeatur et deponatur, aut sisti exhiberiue satisdato promittatur.

Ein senatusconsultum bestimmt, daß aus Verträgen, welche die kaiserlichen Provinzialstatthalter oder deren Begleiter und Libertinen vor ihrer Abreise in die Provinz abgeschlossen haben, nur im Notfall ein Prozeß zugelassen werden soll. Diese Maasregel ist jedenfalls sowohl im öffentlichen, als im Interesse des in die Provinz abgehenden Beamten getroffen, damit die Abreise desselben nicht ungebührlich hinausgeschoben oder gar verhindert werde. Dabei ist natürlich die Anstellung einer Klage vor dem Magistrat der Stadt Rom gemeint, denn an eine Klagenenerhebung bei dem Praeses prouinciae selbst zu denken, wie es Duarenus³⁾ thut, geht nicht an, da es sich von selbst versteht, daß der Präses in propria causa nicht Richter sein kann. Man könnte wohl annehmen, daß vor dem senatusconsultum der Präses, falls er selbst belangt wurde, dem Legaten seine Jurisdiction habe mandiren müssen, so daß dann vor diesem die Sache zu verhandeln gewesen wäre. Allein das würde doch eine schiefe Stellung in das Verhältniß des Präses zu dem Legaten gebracht und sich nicht gut

mites genannt werden (DIRKSEN l. l. § 4), so sind darunter meistens die Militärchefs verstanden, welchen häufig der Titel comes verliehen war. Nur ausnahmsweise konnte es auch in dieser späteren Zeit vorkommen, daß Civil- und Militärgewalt denselben Personen anvertraut wurde (vgl. v. Savigny, Geschichte des R. R. im Mittelalter. 2. Ausg. Bd. 1 S. 98 u. 99 und die dort Not. 9 Citirten), daß also ein dux mit dem Titel comes zugleich Civilregent der Provinz war. Für die Zeit des MACER aber ist an ein solches Verhältniß nicht zu denken. Vgl. übrigens auch PAPINIUS Fr. 4 de offic. assessor. (1. 22).

¹⁾ *Haloand.* et ut actiones amissae ob eam causam, quod institutae non sint.

²⁾ *Haloand.* lis.

³⁾ Ad tit. III lib. III C. de prohib. pec. seq. (Opp. p. 896).

67. mit der Subjection des Letzteren unter den Ersteren vertragen haben. Uebrigens konnte ja der Praeses provinciae ebenso wie andere Magistrate mit Imperium nicht in ius vocirt werden¹⁾, so daß also eine Klage gegen ihn während seiner Amtszeit in seiner Provinz überhaupt nicht möglich war. Dieß beweist, daß jenes senatusconsultum bloß Prozesse im Auge hatte, welche gegen und von einem in die Provinz Abgehenden vor seiner Abreise (wo er das imperium noch nicht hatte)²⁾ hätten angestellt werden können.

Vielleicht möchte man an ein Ausschließen der Jurisdiction des Präses in Sachen der ihm folgenden Untergebenen denken. Allein daß darauf das senatusconsultum nicht hinaus will, zeigt sich eben in der Zusammenstellung des Gefolges und der Dienerschaft mit dem Statthalter selbst, sowie in dem ausdrücklichen Hervorheben der Zeit, wo die fragliche Obligation contrahirt sein soll („antequam in provinciam uenerint“), und der Bemerkung, daß die in integrum restitutio erst nach Rückkehr aus der Provinz zu erteilen sei. Uebrigens hat der Praeses provinciae sein imperium und somit auch seine Jurisdiction nur über die Angehörigen der Provinz, welcher er vorsteht³⁾, so daß davon sein aus Rom mitgebrachtes Gefolge von selbst ausgenommen ist.

Das senatusconsultum soll wohl nur die schon außerdem bestehende Vorschrift, daß Magistrate während ihrer Amtszeit weder klagen, noch belangt werden können⁴⁾, rücksichtlich der Provinzialstatthalter auf die ihrer Abreise kurz vorhergehende Zeit, wo sie noch nicht Magistrate sind, ausdehnen und dieses Privilegium auch den Folgern und Dienern des Präses erteilen. Diese Bestimmung nebst einer anderen sie ergänzenden, gleich zu erwähnenden, war notwendig, einerseits um dem Magistrat mit seinem Gefolge die rechtzeitige Abreise zu ermöglichen, andernteils aber,

¹⁾ ULPIANUS Fr. 2 de in ius uocando (2. 4): In ius uocari non oportet neque Consulem, neque Praefectum, neque Praetorem, neque Proconsulem, neque ceteros magistratus, qui imperium habent — —.

²⁾ Buchta, Institutionen Bd. 1 § 93. 4. Ausg. S. 413 Not. i.

³⁾ PAULLUS Fr. 3 de offic. Praesidis (1. 18).

⁴⁾ PAULLUS Fr. 48 de iudiciis (5. 1). ULPIANUS Fr. 2 de in ius uocando (2. 4).

um die privilegirten Personen vor Nachtheilen zu bewahren, welche 67. ihnen aus ihrer Abwesenheit hätten erwachsen können. Berücksichtigen wir die kurzen Verjährungsfristen für die prätorischen und einzelne andere Klagen¹⁾, so ist es leicht denkbar, daß, wenn der Provinzialstatthalter oder seine Leute vor der Abreise in die Provinz einen Vertrag abgeschlossen hatten, nach der Rückkehr — die doch im günstigsten Fall erst in einem Jahr erfolgte — *actio- nis dies exierat*. Um diese Verjährung zu vermeiden, wären die Praesides und ihre Folger gezwungen gewesen, sowohl die ihnen zustehenden Klagen während ihrer Abwesenheit durch Procuratoren anstellen, als sich, wenn ihre Gläubiger, durch den Ablauf der Verjährungsfrist bewogen, klagten, durch Stellvertreter vertheidigen zu lassen. Deshalb weist das *senatusconsultum* die Richter an, die Klagen der Praesides und ihrer Leute ebenso wie die Klagen gegen dieselben zwar nicht ohne besonderen Grund anzunehmen, dagegen aber, wenn nach der Rückkehr Klagenverjährung eingetreten sein sollte, die in *integrum restitutio propter absentiam* mit einiger Facilität zu ertheilen.²⁾ Nur rücksichtlich der Delicte, welche gegen den Provinzialstatthalter oder seine *comites* u. begangen sind („*si quid inuito accidit*“ offenbar im Gegensatz zu dem vorhergehenden: „*quae contraxerunt*“) sollte es anders gehalten werden.³⁾ Menschen, die eines Delicts beschuldigt werden, sind immer verdächtig und es muß dem Kläger, besonders wenn die Beendigung des Processes sich verzögert, daran liegen, von denselben Sicherheitsbestellung rücksichtlich des Ausgangs des Processes zu erhalten. Eine solche Sicherheitsbestellung aber kann erst bei dem Verfahren *in iure* durch die Bestellung der *satisfactio iudicatum solui* erfolgen. Ich zweifle nun nicht, daß bei Delictsklagen

¹⁾ Vgl. v. Savigny, System Bd. 5 S. 273.

²⁾ Vgl. im Allgem. über die *in integrum restitutio „si actionis dies exiit“* v. Savigny, System Bd. 7 S. 186 ff. Keller, Röm. Civilproceß § 80 S. 332 ff. besonders Not. 946 a. G.

³⁾ Hier sind Delicte gemeint, welche entweder vor, oder nach dem Abgang in die Provinz zu Rom gegen den Präses oder Leute aus seinem Gefolge verübt wurden. Wegen der in der Provinz gegen sie begangenen Delicte traten wohl meistens öffentliche Strafen ein, und diese konnte der Präses selbst verhängen. Vgl. MARCIANUS Fr. 6 § 1 de poenis (48. 19).

67. in den meisten Fällen der Kläger Bestellung der *satisfactio iudicatum solui* fordern konnte, da der Beklagte schon dadurch, daß der Verdacht eines Delicts auf ihm haftet, *suspect* ist. Dazu kommt noch, daß es für den Verletzten von Wichtigkeit war, die Pönalklage so bald als möglich anzustellen und bis zur *litis contestatio* zu bringen, damit sie nun auch gegen den Erben des Thäters durchgeführt werden konnte. Weder gegen die Verjährung der Pönalklage, noch gegen den sonstigen Untergang derselben konnte in *integrum restitutio* erfolgen, da es hier an einem Hauptrequisit derselben: an einer eigentlichen *laesio* fehlte.¹⁾ Um nun dem Provinzialstatthalter und dessen Folgern sowohl ihre einer kurzen Verjährungsfrist unterworfenen Delictsklagen (z. B. die *actio iniuriarum*, welche in einem Jahr verjährte) zu verlängern, als auch um sie für den Fall des siegreichen Ausgangs des von ihnen zu beginnenden Processes gegen Zahlungsunfähigkeit, bösen Willen u. der verurteilten Beklagten schon jetzt vollkommen sicher zu stellen, sowie auch um ihnen die Durchführung der Pönalklagen gegen die Erben zu ermöglichen, endlich um ihnen den Beweis — der in solchen Dingen durch Zeitablauf oft unmöglich wird — nicht allzusehr zu erschweren, sollen sie das Recht haben, vor oder nach ihrer Abreise (in letzterem Fall *per procuratorem*) zu verlangen, daß der Magistrat jene Klagen annehme, damit der Proceß mindestens²⁾ bis zur *litiscontestatio* durchgeführt und vom Beklagten *cautio iudicatum solui* geleistet werde. Dann aber steht es dem Kläger frei, das Verfahren in *iudicio* gleich folgen und sich — wenn er abreisen muß — vertreten zu lassen, oder dasselbe bis zu seiner Rückkehr hinauszuschieben. Natürlich mußte dann diese Rückkehr bei *iudicia legitima* mindestens innerhalb der

¹⁾ TRYPHONIUS Fr. 37 § 1 de minorib. (4. 4). PAULLUS Fr. 18 ex quib. caus. maior. (4. 6).

²⁾ *Hactenus ei ius dicendum est ut litem contestetur* heißt: es muß ihm bis zu der *litiscontestatio* Recht gesprochen werden, d. h. er hat das Recht, zu verlangen, daß ihm der Magistrat eine Formel erteile und den *iudex* ernenne. *Hactenus* mit darauf folgendem *ut, quoad, quod, ne, si, quatenus* bedeutet so viel als *eatenus, in tantum, adeo*. FORCELLINI s. u. *hactenus*. Keineswegs hat aber *hactenus* hier die Bedeutung von *solum, dumtaxat*.

nächsten anderthalb Jahre nach Ertheilung der formula erfolgen, 67. weil sonst nach der *lex Iulia iudiciaria* die Geltung derselben erlosch¹⁾; bei iudicia, quae imperio continebantur, aber mußte die Rückkehr noch früher geschehen, da bei diesen die Geltung der Formel mit dem Abgang des Magistrats, der sie verabsfaßt hatte, aufhörte. Diese Regel bestand zu Ulpian's und also wohl auch zu Macer's — der kurz nach Ulpian schrieb²⁾ — Zeiten für die alten republikanischen Magistrate noch fort³⁾, scheint aber für die neuen kaiserlichen Centralbeamten nicht mehr gegolten zu haben.⁴⁾ Wenn sich daher die Abwesenheit des Präses und seiner Leute über die Zeit, wo die Formel Geltung hatte, hinaus erstreckte, so waren sie genöthigt, durch Stellvertreter zu agiren; doch dieß ließ sich dann nicht ändern und immer noch blieben die Vortheile, welche mit der sofortigen Durchführung der Klage bis zur Litiscontestation verbunden waren, überwiegend.

Dasjenige, was uns in dem Fragment vorzugsweise interessiert, sind die letzten Worte: „resque ablata exhibeatur et deponatur, aut sisti exhiberive satisdato promittatur.“ Dabei leuchtet sofort ein, daß dieser Satz nur auf das eine der angeführten Beispiele von Delictsklagen, auf das *furtum*, paßt. Daraus geht hervor, daß die fragliche Exhibition bezüglich Sequestration und die statt derselben mögliche Caution auch nur auf das *furtum* zu beziehen und eine den Diebstahlsklagen ganz eigenthümliche Einrichtung ist. Daß die *satisfactio iudicatum solui* sowohl bei der *actio iniuriarum*, als bei der *actio furti*, die ja auf das *duplum* oder *quadruplum* ging, geleistet werden mußte, ist sehr wahrscheinlich und wird, wie es scheint, von dem Juristen als bekannt und keiner Erwähnung bedürftig vorausgesetzt. Wohl aber mußte eine dem Diebstahlsprozeß eigenthümliche Caution besonders her-

¹⁾ Keller, Litiscontestation und Urtheil §§ 16 ff. Röm. Civilprozeß § 45 S. 185.

²⁾ Zimmern, Röm. Rechtsgeschichte Bb. 1 § 101 a. G. S. 383.

³⁾ ULPIANUS Fr. 13 de iurisdic. (2. 1). Vgl. Keller, Litiscontestation und Urtheil § 19 S. 162.

⁴⁾ PAULLUS Fr. 49 § 1 de iudic. (5. 1). Vgl. Keller a. a. D. S. 163 und Röm. Civilprozeß § 45 S. 185 Not. 522.

67. vorgehoben werden. Dem Bestohlenen konnte nämlich viel daran liegen, daß die gestohlene Sache sofort bei dem Verfahren in iure exhibirt werde, theils um sich durch Anschauung zu vergewissern, daß er sich nicht irre und daß es wirklich die ihm abhanden gekommene Sache sei, theils um dieselbe für den zukünftigen Beweis und die Wiedererlangung gegen doloses Vernichten, Entfernen u. von Seiten des Beklagten sicherzustellen. Diese Exhibition war durch die *actio ad exhibendum* zu erlangen.¹⁾ Aber ehe der Kläger auf diese Weise die Exhibition zu bewirken vermochte, mußte er sich von dem Besitz des Beklagten sichere Kenntniß verschaffen. Unsere Quellen geben nun Nachricht, daß, wenn der des Diebstahls Verdächtige den Besitz der gestohlenen Sache abläugnete, zur Hausfuchung geschritten wurde und daß, wenn die fragliche Sache gefunden, der Angeschuldigte — mochte er der Dieb sein oder nicht — mit der *actio furti concepti* auf das *tripplum* verhaftet war.²⁾ Die Hausfuchung geschah wohl nur, wenn der Prätor einen Hausfuchungsbefehl gegeben, in Gegenwart des Klägers unter Beziehung von Zeugen, durch das Hülfspersonal des Prätor³⁾ und es ist wahrscheinlich, daß ein solcher Befehl, wenn besonders dringende Verdachtsgründe vorlagen, auch ausgewirkt werden konnte, ohne daß der Angeschuldigte vorher in ius vocirt und nach dem Besitz der gestohlenen Sachen gefragt war.⁴⁾ Wurde dann die Sache gefunden, so mußte sie der Verdächtige sofort exhibiren und konnte mit der *actio furti concepti* belangt werden. Hatte er sich aber der Hausfuchung

¹⁾ PAULLUS Fr. 12 § 2 ad exhibend. (10. 4). ULPIANUS Fr. 7 § 1 de *condict. furtiva* (13. 1).

²⁾ GAIUS III. 186. 191. IIII. 173. GAIUS Epit. II. 11, 186. PAULLUS Sent. recept. II. 31, 3 und 5. GELLIUS Noct. Att. XI. 18. § 4 I. de obli. quae ex delicto (4. 1). Vgl. auch PLAUTUS Poenulus III. 1, 58 sqq. 4, 27 und 5, 16 sqq.

³⁾ PLAUTUS Mercator III. 4, 78 sqq. S. auch APULEIUS Metam. VIII. 41, 673 sqq. Jedenfalls ist auch die Analogie des bei Hausfuchung nach einem fugitiuus beobachteten Verfahrens hierher zu ziehen. Darüber s. PETRONIUS Satyric. c. 97 ab init. ULPIANUS Fr. 3 de fugitiuis (11. 4) und dazu HEINECCIUS Antiquit. Romm. iurispr. illustr. syntagma III. 1, 21.

⁴⁾ Vgl. APULEIUS l. c.

widersezt, so fand gegen ihn die *actio furti prohibiti* statt.¹⁾ 67. Wollte er die bei ihm durch Haussuchung gefundene Sache nicht exhibiren²⁾ oder nicht gestatten, daß dieselbe von dem Findenden mitgenommen werde³⁾, so war er nach prätorischem Recht mit der *actio furti non exhibiti* verhaftet. Dieß Alles fand nun wohl namentlich auch dann statt, wenn der Kläger es vorgezogen hatte, den des Diebstahls Verdächtigen in *ius* zu vociren. Man hat sich dann das Verfahren so zu denken, daß der Kläger ähnlich wie bei Moralklagen⁴⁾ und bei *actiones in rem*⁵⁾ sich durch *interrogatio in iure* zu vergewissern suchte, ob der Beklagte Besitzer der gestohlenen Sache sei oder nicht.⁶⁾ Deshalb die Vorschrift, daß der Kläger, sobald er den Beklagten vor den Prätor gebracht habe, die gestohlene Sache genau beschreiben solle.⁷⁾ Läugnete der Beklagte den Besitz, so war es an dem Kläger, nun die Unwahrheit der Antwort zu beweisen, und zu diesem Behuf gab der Prätor, wenn dringende Verdachtsgründe vorlagen, nach vorgängiger *causae cognitio* einen Haussuchungsbefehl, worauf denn alle Eventualitäten eintreten konnten, welche oben dargestellt sind. Es erklärt sich daraus, warum dann gegen den, bei welchem die

¹⁾ GAIUS III. 188 und 192. III. 173. PAULLUS Sent. rec. II. 31, 3, 5 und 14.

²⁾ § 4 I. cit.

³⁾ So im Gegensatz zu dem eben citirten § 4 I. THEOPHILUS ad hanc § i. f.: Ἐπεὶ οὖν πρὸς ταύταις καὶ ὁ πρᾶτωρ τὴν *furti non exhibiti*, ἀρμόζουσιν κατ' ἐκείνου, ὅστις τὸ ζητηθὲν καὶ εὐρεθὲν παρ' αὐτοῦ κλοπιμαίων πρᾶγμα οὐ συνεχώρησεν ἐπὶ τοῦ εὐρόντος ληφθῆναι.

⁴⁾ GAIUS Fr. 5 de *interrogationib.* in *iure* (11. 1). ULPIANUS Fr. 7 eod. PAULLUS Fr. 8 eod. POMPONIUS Fr. 15 eod.

⁵⁾ PAULLUS Fr. 20 § 1 eod. Impp. ARCADIUS et HONORIUS C. 11 de H. P. (3. 31).

⁶⁾ Einer solchen *interrogatio in iure* erwähnen zwar unsere Quellen nicht, allein daß die in den Pandekten aufgeführten Fälle nur Beispiele sind, beweist Fr. 21 h. t. (11. 1) von ULPIAN: „Ubicunque iudicem aequitas mouerit, aequo oportere fieri *interrogationem*, dubium non est.“ Auch ist es einleuchtend, warum die Compileratoren etwaige Beispiele von *interrogationes in iure* bei der Diebstahlsklage nicht aufgenommen haben, da das alte Verfahren bei der *actio furti* zu ihrer Zeit längst hinweggefallen war.

⁷⁾ Fr. 19 §§ 1—4 de *furtis* (47. 2).

67. Sache gefunden war, mochte er nun der Dieb sein oder nicht, die Diebstahlsklage Platz griff. Wurde doch auch bei anderen *interrogationes in iure*, sobald die läugnende Antwort des Beklagten sich als unwahr erwies, „die Statthastigkeit der Klage von Seiten des befraglichen Verhältnisses im weitesten Umfang gegen ihn angenommen.“¹⁾ Freilich ist die Wirkung des Läugnens hier stärker als bei anderen Klagen, indem die *actio furti concepti* nun gegen den Beklagten statthatte, ohne daß derselbe sich darauf berufen konnte, er habe die fragliche Sache auf anderem Weg, als auf dem des Diebstahls erworben.²⁾ Aber es ist einleuchtend, daß der Verdacht gegen denjenigen, welcher den Besitz einer gestohlenen Sache in Abrede stellt, viel stärker und bringender ist, als gegen den, welcher, mit einer *rei vindicatio* belangt, behauptet, er sei nicht Besitzer. So mußte, wenn auf die *interrogatio in iure* der Besitz der fraglichen Sache von dem Belangten abgeläugnet wurde, der Letztere dulden, daß die *Exhibition* auf dem Weg der Haus-suchung bewirkt wurde. Wie aber, wenn der Belangte auf die *interrogatio in iure* seinen Besitz zugab? Konnte er da einen rechtlichen Erwerbsgrund für sich geltend und sofort wahrscheinlich machen, so war es besser, gegen ihn eine *rei vindicatio* anzustellen. Konnte er aber keinen Besitztitel aufweisen und bescheinigen, so war wieder der Verdacht des Diebstahls gegen ihn begründet. Jedenfalls aber hatte der Kläger jetzt das Recht, die *Exhibition* der fraglichen Sache zu verlangen³⁾, und der *Exhibitionsbefehl* erfolgte nach einer summarischen *cognitio*.⁴⁾ An einen *iudex* wurde die Sache wohl erst dann gewiesen, wenn der Beklagte sofort *liquidable*, nicht unerhebliche Einreden vorschützte.⁵⁾ Gegen den *Exhibitionsbefehl* konnte sich der Beklagte, wenn er verhindert war,

¹⁾ ULPIANUS Fr. 4 Fr. 11 §§ 3—7 Fr. 17 sq. de *interrogationib. in iure* (11. 1). PAULLUS Fr. 20 eod. SCAEVOLA Fr. 22 eod. ULPIANUS Fr. 1 § 15 si *quadrupes* (9. 1). PAULLUS Fr. 22 § 4 de *noxal. act.* (9. 4). Keller, Röm. Civilprozeß § 50 S. 212.

²⁾ S. die oben angeführten Stellen des GAIUS.

³⁾ ULPIANUS Fr. 3 § 9 Fr. 11 ad *exhibendum* (10. 4).

⁴⁾ Fr. 3 § 9 *cit.*

⁵⁾ Fr. 3 § 13 eod.

sofort zu exhibiren, durch eine Cautio schützen, mittelst welcher er 67. versprach, zu bestimmter Zeit zu exhibiren.¹⁾ Darauf nun beziehen sich unsere Worte: es soll der Proceß bis zur Litiscontestatio durchgeführt werden, die gestohlene Sache aber ist zu exhibiren und bei einem Sequester zu deponiren. Anstatt der sofortigen Exhibition und Deposition kann der Beklagte promittiren, die Sache, sobald es nötig sein würde, zu exhibiren (vielleicht unter einer angemessenen poena) und für dieses Versprechen Bürgen stellen. Der Fall sofortiger Exhibition und Deposition ist wahrscheinlich deshalb vorangestellt, weil Macer zunächst an den Fall einer Haussuchung und deshalb notwendigen Exhibition denkt und ihm hinterher erst in den Sinn kommt, daß man sich vor der Haussuchung u. durch Zugeben des Besitzes und Exhibitionsversprechen mit satisfactio schützen konnte. Jedenfalls ist die Notwendigkeit der sofortigen Exhibition und Sequestration auch hier erst als das Secundäre, die Notwendigkeit der Cautio als das Primäre aufzufassen, da sich durch Bestellung der Letzteren Jeder vor dem Eintritt der Ersteren schützen konnte.

So läßt sich denn auch hier aufstellen, daß die Sequestration unter gewisser Bedingung an die Stelle einer Cautio trete und es ist im Allgemeinen kein Grund vorhanden, zu zweifeln, daß die Sequestration überall, auch bei persönlichen Klagen, welche auf Restitution oder Exhibition einer individuellen Sache gerichtet waren, anwendbar war, wenn die dem Beklagten auferlegte satisfactio oder andere hinreichende Cautio nicht bestellt wurde.

§ 68.

An unsere Stelle schließt sich eine andere von ähnlichem Inhalt an. Ich meine das

Fr. 5 de tabulis exhibendis (43. 5):

LAVOLENUS (libro XIII^o ex Cassio)

De tabulis proferendis interdictum competere non oportet, si hereditatis controuersia ex his pendet, aut si ad publicam

¹⁾ PAULLUS Fr. 12 § 5 vgl. mit ULPIANUS Fr. 5 § 6 eod.

68. quaestionem pertinet; itaque in aede sacra interim deponendae sunt, aut apud uirum idoneum.

Bekanntlich wird das *interdictum de tabulis exhibendis* gegen den Besitzer einer Testamentsurkunde demjenigen gegeben, welcher ein rechtliches Interesse an deren Einsicht wahrscheinlich machen, oder nötigenfalls durch Gefährdend zu beglaubigen vermag.¹⁾ Das *interdictum* ging also auch gegen den Erben, welcher im Besitz des Testaments war. Wenn nun Jemand dem das Testament besitzenden Erben sein Erbrecht abtritt, also mit der *hereditatis petitio* gegen ihn auftrat, konnte er da auch noch von dem Beklagten die Erhibition der Urkunde verlangen, deren er sich zum Beweis gegen ihn bedienen wollte? Dieß stimmt nicht mit dem ziemlich alten Satz, wonach der Beklagte regelmäßig nicht verpflichtet war, dem Kläger die Urkunden, welche Letzterer zu seinem Beweis bedurfte, herauszugeben.²⁾ Und gerade dahin zielt unsere Stelle ab: das *interdictum* greift nicht Platz, d. h. das Testament braucht vom Besitzer nicht exhibirt zu werden, wenn die Entscheidung eines Erbschaftstreits davon abhängt. Hier ist bloß der Fall gemeint, wo der Besitzer der Testamentsurkunde der mit der *hereditatis petitio* Belangte ist, indem dieser nach unserer obigen allgemeinen Regel nicht zu exhibiren braucht. Ebenso hat er es ebenfalls nach allgemeinen Grundsätzen nicht nötig, die fragliche Urkunde zu exhibiren, wenn dieselbe zum Beweis gegen ihn im Kriminalprozeß benutzt werden soll. Ist doch ausdrücklich bestimmt, daß in Capitalsachen sogar dem Fiscus gegenüber vom Angeschuldigten eine gegen ihn beweisende Urkunde nicht herausgegeben zu werden braucht³⁾, und es ist nicht zweifelhaft, daß einem Privatankläger gegenüber Gleiches beobachtet

¹⁾ Buchta, Pandekten § 348. Arndts, Pandekten § 346 Not. 4 und die dort angeführten Quellen.

²⁾ Dieser Satz bestand jedenfalls schon vor HADRIAN, da dieser Kaiser sich veranlaßt sah, durch besonderes Rescript eine Ausnahme zu Gunsten des Fiscus zu machen. Ebenso die DIVI FRATRES. Fr. 2 §§ 1. 2 de iure fisci (49. 14). S. auch C. 7 de testib. (4. 20) vgl. mit C. un. C. Hermogen. ad exhibendum (VIII).

³⁾ Fr. 2 § 2 de iure fisci (49. 14).

wurde. Unsere Stelle also spricht nur das, was schon an und für sich Rechtens war, mit besonderer Beziehung auf das *interdictum de tabulis exhibendis* aus: daß ein Beklagter resp. Angeeschuldigter nicht gehalten war, Urkunden, welche zu seinem Nachtheil benutzt werden konnten, zu exhibiren. Wenn aber die Exhibition nicht zum Behuf des Verweises in dem jetzt anhängigen Erbschaftsprozess oder in dem jetzt anhängigen Kriminalprozess, z. B. wegen Fälschung der Testamentsurkunde, verlangt, sondern ein anderweltiges Interesse an der Exhibition bescheinigt wird, soll da auch das *interdictum* nicht wirksam sein? Die augenblickliche Exhibition ist jedenfalls, da sie in dem schon anhängigen Prozess dem Beklagten Schaden könnte, ausgeschlossen, aber der Exhibitionsverpflichtete muß den Exhibitionsberechtigten sicherstellen, daß er in Zukunft, sobald es ohne Nachtheil für die Prozesse, in welchen er nicht zu exhibiren braucht, geschehen könne, exhibiren werde, und diese Sicherstellung geschieht durch Deposition der fraglichen Urkunde in *aede sacra* oder *apud virum idoneum*, d. h. durch Sequestration, denn es wurde jedenfalls von beiden Betheiligten deponirt, wie es überhaupt zu geschehen pflegte und geschehen mußte, wenn eine Deposition auf Sicherstellung des einen oder anderen Theils abzielte. Jedenfalls aber konnte der Exhibitionspflichtige der Nothwendigkeit der Sequestration dadurch sich entziehen, daß er Caution mittelst Satisfaktion für die künftige Exhibition leistete.¹⁾ Wir haben also überall denselben Fall, welchen wir schon in Fr. 16 de officio Praesidis (1. 18) kennen lernten.²⁾

cc. Die Sequestration bei der Appellation.

§ 69.

Auch bei der Appellation kommt die Sequestration als Sicherungsmittel für die Gegenpartei vor. Von besonderer Wichtigkeit ist für uns in dieser Beziehung

¹⁾ Daß die Caution wegen Exhibition auch bei Urkunden vorkam, geht aus C. 24 de fideicommissis (6. 42) hervor.

²⁾ Auch das schon oben § 63 besprochene Fr. 11 § 1 ad exhibend. (10. 4) gehört noch hierher.

69. Fr. 5 § 1 ut legatorum (36. 3):

Imperator MARCUS ANTONINUS Iulio Balbo rescripsit, eum, a quo res fideicommissae petebantur, cum appellasset, cauere, uel, si caueat aduersarius¹⁾, transferri possessionem debere. Recte placuit Principi, post prouocationem quoque fideicommissi²⁾ cautionem interponi: quod enim ante sententiam, si petitionis dies moraretur, fieri debuit, amitti post uictoriam, dilata petitione, non oportuit. Sed qua re non cauerat de fideicommisso, qui prouocauerit, si caueret aduersarius, ad eum possessionem esse transferendam rescripsit, cum alia sit Edicti conditio; non enim exigitur a legatario uice mutua cautum: sed uicaria custodiae gratia possessio datur: et qui optinuit, in possessionem per Praetorem aut Praesidem inducitur. Sed Praetor quidem in omnium rerum possessione, quae in causa hereditaria permanent, omnimodo fideicommissi seruandi gratia esse permittit, Princeps autem earum rerum nomine, de quibus fuerat iudicatum, mutuas admisit cautiones; sicuti cum de bonis suis conferendis filius accepta possessione³⁾ cauere non potest, quia denegamus ei actiones, defertur conditio cauendi fratribus ex forma iurisdictionis, quod ex portione fratris fuerint consecuti, cum bona propria conferre coeperit, se restitutos. Sed si nec ipsi cauere possint, utiliter probatum est, uirum bonum ab utraque parte eligendum, apud quem, ut sequestrem, fructus deponantur,

¹⁾ *Haloand.* uel si non caueat ad aduersarium. Nach TAURELLI hat die Florentina uel si caueat aduersarium transferri etc., daraus machte er die jetzt gangbare Lesart. BRENKMAN giebt an, daß m in dem aduersarium der Florentina sei durchstrichen und dafür gesetzt s, aus Versehen aber sei mit dem m auch ari durchstrichen, so daß aduersus stehe. Ueberrigens ist es kein Zweifel, daß die von TAURELLI aufgenommene, auch sonst handschriftlich unterstützte (s. BRENKMAN und GEBAUER in Not. 37 der Göttinger Ausgabe des Corp. iur. ad h. L.) Lesart die richtige sei. Das zeigt sich deutlich in dem Folgenden: „— si caueret aduersarius, ad eum possessionem esse transferendam etc.“

²⁾ Die Worte „quoque fideicommissi“ fehlen bei HALOANDER.

³⁾ *Vulgat.* et *Haloand.* accepta bonorum possessione.

quique utiles actiones a Praetore datas exerceat; possessio 69. autem ex rescripto supra relato non aliter ad eum, qui fideicommissum petit, transfertur, quam si cauerit, tametsi maxime aduersarius non per inopiam, sed per contumaciam cauere noluerit; sed si is, qui uicit¹⁾, non possit cauere, uel res deponenda uel iurisdictio restituenda erit.

In einem Rescript des Kaisers Marc Aurel an Julius Balbus, das jedenfalls in die Zeit zwischen 169 und 180 n. Chr. gesetzt werden muß, da der Kaiser ohne seinen früheren Mitregenten Verus erscheint, war folgende Bestimmung getroffen: Wenn A gegen B auf Herausgabe von fideicommissarisch hinterlassenen Sachen geklagt und B gegen das ihn verurteilende erstinstanzliche Erkenntnis Appellation eingelegt hat, soll B dem A Caution leisten, oder aber es soll — wenn B nicht Caution stellen kann oder will — der Besitz der Sachen, um die es sich handelt, dem B entzogen und auf A übertragen werden, natürlich unter der Voraussetzung, daß nun Letzterer die Caution aufmache.

Papinian stellt nun eine ausführliche Betrachtung über den Inhalt dieses Rescripts an. Zunächst rechtfertigt er die kaiserliche Bestimmung vom Standpunkt der aequitas. Da schon vor jedem Erkenntnis oder überhaupt ohne allen Prozeß, wenn die Entrichtung des Fideicommisses — wegen einer Nebenbestimmung oder anderer Hindernisse — Aufschub erleidet, cautio fideicommissorum seruandorum causa bestellt werden muß²⁾, ist es billig, daß der Dnerirte, auch wenn er gegen das ihn verurteilende Erkenntnis appellirt und dadurch die Realisirung des Rechts des Fideicommissars noch weiter verzögert, Caution wegen der streitigen Sache leiste. Aber die vom Kaiser angeordnete Caution ist nicht identisch mit jener prätorischen satisdatio de legatis uel fideicommissis. Wenn die Letztere nicht aufgemacht wird, so erfolgt missio in possessionem des Honorirten in das

¹⁾ *Florent.* uiuit. Vgl. TAURELLI und BRENNMAN. Es unterliegt keinem Zweifel, daß bloß die Lesart der *Vulgat.* uicit einen Sinn giebt.

²⁾ Vgl. Tit. D. ut legatorum seu fideicommissor. seruandor. causa caueatur (36. 3).

69. sämtliche aus der Erbschaft herrührende Vermögen des Dnerirten.¹⁾ Die Wirkung dieser *missio in bona* ist nicht Sachbesitz, sondern zunächst nur die Befugniß zur Apprehension und Bewahrung neben dem Gemeinschuldner („*uicaria custodiae gratia possessio datur*“).²⁾ Anders bei der *Cautio* des kaiserlichen *Rescripts*. Wenn diese der besiegte Dnerirte nicht bestellt, so wird ihm der Besitz der streitigen Sachen entzogen und auf den Honorirten übertragen, vorausgesetzt, daß Letzterer nun seinerseits bereit ist, dem Gegner *Cautio* zu leisten. Mehr Ähnlichkeit als mit der prätorischen *satisfactio legatorum uel fideicommissorum seruandorum causa* hat die kaiserliche *Cautio* mit der *satisfactio*, welche nach dem prätorischen *Edict* der *collationsverpflichtete* *Emancipirte* den *collationsberechtigten* *sui* der *Collation* wegen zu bestellen gehalten ist.³⁾ Der *Collationsverpflichtete* war dazu indirect gezwungen, indem ihm, sobald er sich weigerte, die Geltendmachung seines Erbrechts zu Gunsten des *Collationsberechtigten* entzogen wurde und zwar so, daß man auf Letzteren den Besitz der erbschaftlichen Sachen übertrug, dem *Collationsverpflichteten* aber die erbschaftlichen *Universal-* und *Singularklagen* denegirte. Dabei war es nötig, daß nun die *Collationsberechtigten* *Cautio* leisteten: „*quod ex portione fratris fuerint consecuti, cum bona propria conferre coeperit, se restituturos*.“ Wurde diese *Cautio* nicht bestellt, so war es für praktisch erfunden worden („*utiliter probatum est*“): „*uirum bonum ab utraque parte eligendum, apud quem, ut sequestrem, fructus deponantur, quique utiles actiones a Praetore datas exerceat*.“ Die Ähnlichkeit des Verfahrens bei der vom Kaiser angeordneten *Cautio* und bei der *Cautio* des *Collationsverpflichteten* liegt darin, daß bei Ersterer *translatio possessionis* auf den Honorirten stattfindet, wenn die

¹⁾ Bgl. Tit. D. ut in possession. legator. seu fideicommissor. seruandor. causa esse liceat (36. 4).

²⁾ ULPIANUS Fr. 5 eod. Imp. ALEXANDER C. 5 ut in possess. legator. uel fideicommissor. seruandor. causa mittatur (6. 54).

³⁾ ULPIANUS Fr. 1 §§ 9—13 de collationib. (37. 6). PAULLUS Sent. rec. V. 9, 4.

von dem Onerierten verwelgte Cautio geleistet wird, während 69. bei der Anderen im gleichen Fall *delatio conditionis cauendi* auf den Collationsberechtigten eintritt.¹⁾ Eine Verschiedenheit der Cautionen aber findet Papinian darin, daß die Vorschriften rücksichtlich der *delatio conditionis cauendi* bei der *collatio cautione facienda* nur zur Anwendung kommen, wenn der Cautionsverpflichtete nicht *caviren* kann, die kaiserliche Vorschrift rücksichtlich der *translatio possessionis* auch dann, wenn der Appellant aus Ungehorsam nicht *caviren* will. Uebrigens, fährt Papinian fort, ist in dem kaiserlichen Rescript keine Bestimmung für den Fall getroffen, wo auch Derjenige, auf welchen die *translatio possessionis* stattfinden könnte, nicht im Stande ist, die nötige Cautio aufzumachen. Man kann aber dann recht wohl, nach Analogie des als praktisch erprobten Verfahrens bei der *collatio cautione facienda*, Deposition der streitigen Sachen (bei einem Sequester) eintreten, oder aber das Appellationsverfahren seinen Fortgang nehmen lassen, ohne daß Cautionsbestellung von Seiten des Appellanten und Besitzers der Sache stattgefunden hat („*iurisdictio restituenda erit*“ *scil. ei, a quo res fideicommissae petuntur.*²⁾)

- § 70.

Vor Allem drängt sich die Frage auf: Wie sind die Worte „*utiliter probatum est, uirum bonum ab utraque parte eligendum, apud quem, ut sequestrem, fructus deponantur, quique utiles actiones a Praetore datas exerceat*“ aufzufassen? Ist hier von einem wirklichen Sequester die Rede, oder vielmehr von

¹⁾ Ueber die *delatio conditionis cauendi* vgl. PAULLUS Fr. 2 § 9 de collatione (37. 6): „Si per inopiam emancipatus cauere non possit, non statim ab eo transferenda est possessio, sed sustinendum, donec possit inuenire fideiussores, ut tamen de his, quae mora deteriora futura sunt, his, qui in potestate sunt, actio detur, ipsique caveant in medium collaturos, si cautum iis fuerit.“ Hieraus erhellt auch ein Unterschied der *delatio conditionis cauendi* von der einfachen *translatio possessionis*.

²⁾ Gewissermaßen den Gegensatz bildet die *denegatio iurisdictionis*. Vgl. Keller, Röm. Civilprozeß § 65 S. 267 Not. 757.

70. einem Curator, welcher, da die Früchte von den erbschaftlichen Grundstücken, soweit sie auf die Portion des Collationsverpflichteten fallen, bei ihm deponirt werden, mit einem Sequester verglichen wird?

Auß Fr. 3 pr. de collationib. (37. 6) wissen wir, daß der Emancipirte die *honorum possessio* empfing, bevor er *cavirt* hatte, daß aber der Collationsberechtigte bis zur Leistung der *Cautio* die ganze Erbschaft noch inne behielt. Dem Verpflichteten wurden inzwischen die erbschaftlichen Klagen *denegirt*.¹⁾ Stellte sich heraus, daß der Letztere aus Armut nicht *caviren* konnte, so sollte ihm einige Frist gewährt werden, um Bürgen zu finden, und nur rücksichtlich derjenigen Sachen, bei denen durch Verzug Verschlechterung zu erwarten stand, sollte schon jetzt die *delatio conditionis cauendi* stattfinden.²⁾ Brachte nun der Verpflichtete im weiteren Verlauf keine Bürgen auf, so wurde nach Ulpian³⁾ ein Curator für seine Portion bestellt, „*rem ei saluam facturum*“, während nach Papinian⁴⁾, wie wir wissen, die *delatio conditionis cauendi*, und erst wenn der Collationsberechtigte auch nicht *caviren* konnte, Wahl eines „*bonus uir, apud quem, ut sequestrem, fructus deponerentur, quique utiles actiones a Praetore datas exercebat*“ eintrat. Ulpian giebt aber von seinem Curator eine kurze Beschreibung, welche darauf hindeuten scheint, daß derselbe wenig von dem Papinian'schen Sequester verschieden war. Die Worte des Ulpian sind: „— *curator portionis eius constituitur, apud quem resecta pecunia collocetur*.“⁵⁾ Es erhellt, daß durch das Ulpian'sche „*apud quem resecta pecunia collocetur*“ und das Papinian'sche „*apud quem fructus deponantur*“ ein und dasselbe bezeichnet werden soll, nämlich das Einnehmen und Aufbewahren der eingehenden Gelder, der gezogenen Früchte u., wobei

¹⁾ ULPIANUS Fr. 1 §§ 10 und 13 de collationib. (37. 6).

²⁾ PAULLUS Fr. 2 § 9 eod. C. oben § 69 a. G. S. 179 Not. 1.

³⁾ Fr. 1 §§ 10 und 13 eod.

⁴⁾ Fr. 5 § 1 ut legator. (36. 3).

⁵⁾ Vgl. zu dem „*resecta pecunia*“ Fr. 78 § 12 ad SC. Trebell. (36. 1): „*ex resectu hereditatis*.“

nur zu bemerken, daß „apud quem resecta pecunia collocetur“ 70. etwas weiter ist, indem unter resecta pecunia alles Einkommende mit Vermögenswert, also auch die eingeklagten Capitalien u. verstanden werden können, während fructus bloß die natürlichen Früchte, Zinsen, Mieth- und Pachtgelber begreifen. Ulpian brauchte daher die Thätigkeit seines curator kaum anders zu schildern, als daß er sagte: „er ist dazu da, die resecta pecunia zu bewahren“, es liegt darin schon, daß er sich auch, das Geld einzubekommen, bemühen mußte und daher die utiles actiones a Praetore datas anstellen konnte. Papinian freilich war gezwungen, dieß Letztere noch besonders zu erwähnen, da durch das „apud quem, ut sequestrem, fructus deponantur“ der Geschäftskreis seines uir bonus sehr einseitig und ungenügend charakterisirt war. Es dürfte demnach nicht zu bezweifeln sein, daß der Ulpian'sche Curator und der Papinian'sche uir bonus dieselben Personen sind. Nur sagt Papinian ausdrücklich, daß der electio des uir bonus die delatio conditionis cauendi an den Collationsberechtigten habe vorhergehen müssen, während Ulpian dieser delatio gar nicht erwähnt, indem er sie vielleicht als von selbst sich verstehend voraussetzt, oder indem möglicherweise auch Fälle vorkamen, wo man sie unterließ. Warum nennt aber Papinian seinen uir bonus nicht auch curator, warum beschreibt er dessen Functionen so ausführlich und genau, daß er sogar zwei Hauptbestandtheile derselben: einmal die Thätigkeit eines Sequester, dann das Anstellen der utiles actiones, also die Thätigkeit eines Prozeßvertreters unterscheidet? Ich finde darauf nur die Antwort, daß es dem Papinian darauf ankommt, für das Verfahren, welches er bei Gelegenheit der vom Kaiser Marc Aurel angeordneten Caution vorschlägt, nämlich: „— si is, qui uicit, non possit cauere, — res deponenda erit“, eine Analogie in einem schon als praktisch bewährten Institut zu finden. Da er nun einmal das bei der collatio cautione danda gewöhnliche Verfahren mit der vom Kaiser eingeführten Caution verglichen hatte, mußte er auch, um die für die Letztere gutgeheißene Sequestration zu unterstützen, eine Sequestration bei Ersterem finden. Dieß that er, indem er die Thätigkeit des Curator zerlegte in

70. diejenige eines Sequester und diejenige eines Vertreters im Prozeß, was um so eher ging, als auch die Art der Bestellung eines Curator viel Ähnlichkeit mit der Bestellung eines Sequester bot, da sich jedenfalls die Parteien über die Person des Curators vereinigen mußten, obwohl die eigentliche Ernennung durch den Prätor erfolgte. Dieß deutet Papinian auch an. Soweit der uir bonus Sequester ist, wird er von den Parteien erwählt, aber die utiles actiones erhält er von dem Prätor, d. h. der Letztere macht ihn zum Curator.

Uebrigens will ich noch daran erinnern, daß bei der collatio cautione danda die Ernennung eines curator resp. die delatio conditionis cauendi überhaupt nur stattfand, wenn der Collationsverpflichtete aus Armut verhindert war, die Caution zu bestellen. In dem Fall, wo er contumaciter die Cautionsbestellung verweigerte, wurden ihm jedenfalls die actiones denegirt, ja die honorum possessio auf den Collationsberechtigten übertragen, ohne daß dieser Caution zu bestellen brauchte.¹⁾ Erst wenn wir dieses festhalten, bekommt das Ende des Fr. 5 § 1 ut legator. (36. 3) einen rechten Sinn. Es wird nämlich gesagt: „Im Gegensatz zu dem Verfahren bei der collatio cautione danda, wo bei dem contumax die possessio auch ohne Gegencaution auf den Berechtigten übertragen wird, muß bei der Caution des Rescripts vor der translatio possessionis vom Appellaten in jedem Fall cavirt werden, mag nun der Appellant aus Armut seine Caution nicht geleistet haben, oder aber aus bloßem Ungehorsam.“

§ 71.

Eine zweite Frage, die wir zu beantworten haben, ist: Warum ordnet der Kaiser die fragliche Caution an und worauf ist dieselbe gerichtet? Das Responsum, welches der Kaiser giebt, erhält eine Person, die einen Rechtsfall vorgetragen hatte mit der Bitte, ihr Auskunft über eine zweifelhafte Frage zu ertheilen.

¹⁾ ULPIANUS Fr. 1 § 10 i. f. § 13 i. f. und PAULLUS Fr. 2 § fin. de collationib. (37. 6).

Unsere Aufgabe ist es nun, den Rechtsfall und namentlich die 71. Prozeßlage, in der er sich befand, zu reconstituieren.

Bekanntlich wurden Streitigkeiten über Fideicommissse ohne actio und iudicium mittelst einer persecutio vor den Consuln oder besonderen Praetores fideicommissarii anhängig gemacht und von denselben durch Decret entschieden.¹⁾ Schon bevor die Sache zur gerichtlichen Erörterung kam, hatte der Honorirte das Recht — sobald das Fideicommiss nicht ausbezahlt wurde — die Leistung der cautio fideicommissorum seruandorum causa zu verlangen. Klagte er aber gegen den Dnerirten und führte er den Prozeß bis zur litiscontestatio durch, ohne auf die Bestellung der Cautio gedrungen zu haben, so galt das als Verzicht auf dieselbe.²⁾ In unserem Fall war die Cautio jedenfalls auf diese Weise oder in Folge eines ausdrücklichen Verzichts unterblieben. Die Sache hatte man bei dem Consul oder dem Praetor fideicommissarius anhängig gemacht und bis zum decretum, in welchem der Dnerirte verurteilt wurde, durchgeführt. Gegen das decretum appellirte der Dnerirte an den Praefectus urbi, der Gegner aber verlangte jetzt Cautio. Dagegen machte Appellant geltend, daß Appellat, da er die litiscontestatio habe geschehen lassen, ohne Cautio zu fordern, oder da er ausdrücklich auf die Cautio verzichtet, nunmehr mit seiner Forderung abzuweisen sei. Die Frage ist also: Hat der ausdrückliche oder stillschweigende Verzicht auf die cautio fideicommissorum seruandorum causa die Wirkung, daß auch in der Appellationsinstanz von dem in erster Instanz verurteilten, nun appellirenden Dnerirten keine Cautio gefordert werden kann? Die Antwort mußte eigentlich der Appellationsrichter geben; aber dieser selbst oder eine der Parteien hatte sich einen Ausspruch des Kaisers erbeten und diese Bitte veranlaßte das Rescript, welches wir bereits kennen. Für die Ansicht des Appellanten war wohl geltend gemacht worden, daß die Cautio, welche jetzt in der Appellationsinstanz gefordert werde,

¹⁾ ULP. Fragm. XXV. 12. Cf. GAIUS II. 278. Vgl. u. A. Keller, Röm. Civilprozeß § 81 S. 336 und 337 Not. 959 und 965.

²⁾ ULP. FR. 1 §§ 9 und 10 ut legator. (36. 3).

71. nichts Anderes sei, als die cautio fideicommissorum seruandorum causa, auf welche nun einmal verzichtet sei, die daher nicht mehr gefordert werden könne. Der Kaiser dagegen hatte entschieden, die Cautio sei zu bestellen; mithin war die in der Appellationsinstanz geforderte Cautio für eine andere erklärt, als die cautio fideicommissorum seruandorum causa. Diese Ansicht theilt Papinian und deshalb kommt ihm — nachdem er Billigkeitsrücksichten für die cautio geltend gemacht hat — so viel darauf an, zu zeigen, wie die kaiserliche Cautio von der im Edict angeordneten cautio fideicommissorum seruandorum causa sich unterscheide. In der That lassen sich auch beide Cautionen durchaus nicht identificiren. Die cautio legatorum uel fideicommissorum seruandorum causa data gehört zu den praetoriae satisfactiones und ist nach Ulpian's Einteilung in Fr. 1 pr. § 3 de praetor. stipulationib. (46. 5) zu den cautionales zu rechnen.¹⁾ Von der kaiserlichen Cautio dagegen könnte gefragt werden, ob sie überhaupt zu den praetoriae stipulationes zu rechnen sei? Dagegen ließe sich sagen: es sei für sie keine stehende Formel in dem prätorischen Edict vorhanden, auch werde sie vom Kaiser und nicht vom rechtsprechenden Magistrat angeordnet. Doch dieß sind nur Scheingründe. Der Kaiser will in dem Rescript kein neues Recht schaffen, sondern nur die richtige Anwendung schon bestehenden Rechts auf einen einzelnen Fall oder auf eine Reihe von Fällen bewirken. Wenn in dem prätorischen Edict keine besondere Formel gerade für unsere Cautio sich findet, so ist sie doch dem Grundgedanken nach auf das in dem prätorischen Edict über die Prozeßcautionen aufgestellte Recht zurückzuführen. Auch ordnet der Kaiser die Bestellung derselben in seinem Rescript nicht selbst an, sondern er spricht nur aus: „Dem Recht nach ist die Cautio zu leisten“, die Anordnung derselben bleibt dem rechtsprechenden Magistrat überlassen. Im Sinn von Pomponius²⁾ könnten wir also unsere Cautio geradezu eine praetoria stipulatio nennen,

¹⁾ Vgl. Fr. 1 § 2 de praetor. stipulat. (46. 5).

²⁾ Fr. 5 de V. O. (45. 1).

aber auch im Sinn von Ulpian dürfte sie dem Wesen nach den 71. praetoriae stipulationes zuzuzählen sein. Da sie die Bestimmung hat, einem Prozeß seinen Erfolg zu sichern, ist sie ihrem Zweck nach am nächsten verwandt mit der cautio iudicatum solui, wenn sie auch nicht zum Behuf eines eigentlichen iudicium, sondern einer extraordinaria cognitio angeordnet wird. Von den drei Klauseln der satisdatio iudicatum solui: de re iudicata, de re defendenda und de dolo malo¹⁾, mußte bei ihr die clausula de re defendenda hinwegfallen, da der Appellant in der Appellationsinstanz als angreifender Theil auftrat und die Desertion der Appellation von seiner Seite nur als Anerkennung der sententia a qua aufgefaßt werden konnte. De re iudicata und de dolo malo aber mußte jedenfalls cavirt werden. Ihrem sachlichen Inhalt nach stimmte also unsere Caution mit der cautio legatorum seu fideicommissorum seruandorum causa überein²⁾, ihrer Natur nach lehnte sie sich an die prätorischen Judicialstipulationen, insonderheit an die satisdatio iudicatum solui an: sie war vorzugsweise bestimmt, dem Appellaten Sicherheit wegen des Streitgegenstands zu verschaffen.

§ 72.

Warum sucht Papinian für die von dem Kaiser angeordnete Caution eine Analogie in dem Verfahren bei der collatio cautione danda, während es doch nach dem Vorhergehenden viel natürlicher gewesen wäre, zu diesem Vergleich die satisdatio iudicatum solui herbeizuziehen? Ich glaube, weil ein Beispiel aus dem Erbrecht am nächsten liegt und jeder möglichen Verwechselung unserer Caution mit der dem Gedanken nach zwar nahe verwandten, außerdem aber doch sehr verschiedenen satisdatio iudicatum solui vorgebeugt werden soll. Wie schon erwähnt, wurden Fideicommissa nicht im Formularprozeß eingeklagt, sondern mittelst einer extraordinaria persecutio. Deshalb konnten die bei

¹⁾ Keller, Röm. Civilprozeß S. 229 Not. 659 und die dort Citirten.

²⁾ ULPIANUS Fr. 1 pr. ut legator. (36. 3).

72. Gaius¹⁾ dargestellten Grundsätze über Cautionseistung im Prozeß, die offenbar ebenso wie die dort genannten Cautionen selbst nur auf den Ordinarprozeß berechnet sind, auf eine fideicommissaria persecutio — bei der weder von einer actio in rem, noch in personam die Rede — keine Anwendung finden. Abgesehen davon, daß unsere Caution erst im Appellationsverfahren zu bestellen ist, während die satisfactio iudicatum solui jedenfalls nur beim Verfahren in erster Instanz (und zwar in iure) vorkam, durfte Papinian auch deshalb diese satisfactio nicht herbeiziehen, damit es nicht den Anschein gewann, als ob er die dem ordo iudiciorum priuatorum angehörige Caution auf eine extraordinaria cognitio ausdehnen wolle. Er sucht deshalb lieber ein analoges Verfahren bei einer praetoria stipulatio cautionalis auf, rücksichtlich deren — was den Streit um die Notwendigkeit ihrer Bestellung u. anbetrifft — auch extraordinaria cognitio stattfand.²⁾ Uebrigens tritt der Unterschied zwischen der kaiserlichen Caution und der satisfactio legatorum seu fideicommissorum seruandorum causa — ein Punkt, auf den es ja Papinian vorzüglich ankommt — nur dann recht deutlich hervor, wenn gezeigt wird, wie die Vorschriften rücksichtlich der Ersteren eher übereinstimmen mit dem bei einer anderen satisfactio praetoria cautionalis gebräuchlichen Verfahren, als mit demjenigen, welches für die satisfactio praetoria cautionalis bei Legaten oder Fideicommissen geordnet war.

Ueber die Billigkeit und die Natur der Caution des kaiserlichen Rescripts möchte hiernach kein Zweifel bleiben. Es ist nur noch zu erörtern, welche Stellung sie zu der damaligen Legislation über Sicherung des Streitgegenstands bei der Appellation einnahm. Ehe wir auf diese für unsere Lehre sehr wichtige Untersuchung eingehen, wollen wir bemerken, daß die Deposition, welche Papinian für den Fall, daß weder Appellant, noch Appellat satisfactio leisten, vorschlägt, jedenfalls eine sequestratio mit demselben Charakter ist, wie wir sie oben an Stelle der satisfactio

¹⁾ III. 88 sqq.

²⁾ Keller, Röm. Civilprozeß S. 318 Not. 896.

iudicatum solui haben anwenden sehen. Wir brauchen uns bei 72. ihr deshalb nicht länger aufzuhalten. Vielleicht hatte Papinian sogar geschrieben *res apud sequestrem deponenda* — erit, während die Compileren, bei welchen die prozessualische Sequestration eine ganz andere Bedeutung hatte, das *apud sequestrem* strichen.

§ 73.

Bezüglich der Sicherung des Streitgegenstands bei der Appellation waren von Marc Aurel schon vor Erlass des eben weiter behandelten Rescripts Anordnungen getroffen worden. Durch eine Digestenstelle erhalten wir nämlich Kunde von einem Rescript jenes Kaisers, welches, da Verus noch als Mitregent genannt wird, zwischen 161 und 169 n. Chr. erlassen sein muß.

Fr. 21 § 3 de appellationib. (49. 1):

PAPIRIUS IUSTUS (libro I^o de constitutionibus)

Idem (scil. *Imperatores Antoninus et Verus*) rescripserunt: Quamvis usitatum non sit post appellationem fructus agri, de quo disceptatio sit, deponi: tamen, cum populitarentur¹⁾ ab aduersario, aequum sibi uideri fructus apud sequestres²⁾ deponi.

Bei dem (Eigenthums)streit um ein ländliches Grundstück war es zur Zeit des Erlasses der Constitution noch nicht gebräuchlich, nach der Appellation die Früchte bei einem Sequester zu deponiren. Die Kaiser aber gestatten eine Ausnahme für den Fall, wenn der Gegner das Grundstück verwüste. Es fragt sich: Wer ist der Gegner, verstehen die Kaiser darunter den Appellanten oder den Appellaten? Da es sich um einen Eigenthumsstreit handelt, muß in erster Instanz ein klagender Nichtbesitzer und beklagter Besitzer vorhanden gewesen sein. Der Letztere brauchte dem Ersteren

¹⁾ *Vulgat.* 3. B. auch *Mss. Bamb. D I 9, D I 8 und D I 7. Florent.* *populi traherentur.* Diese Lesart ist ebenso sinnlos, wie die Uebersetzung der Basilik. (VIII. 1, 20 § 3. HEIMB. T. I p. 428): *Ὅτε εἰχέρης οἱ καρποὶ τοῦ ἀγροῦ μετὰ τὴν ἐκκλησίαν μεσεγγυῶνται, ἀλλ' ὅτε ἄνθρωποι δικασίμενοι διασίρονται παρὰ τῶν ἀντιδίκων αὐτῶν* (sed cum pupilli litigantes ab aduersariis suis vexantur).

²⁾ *Mss. Bamberg. D I 9 und D I 7 sequestrem.*

73. keine *satisfactio iudicatum solui* zu leisten, da er possessor einer unbeweglichen Sache war. Nun hat in erster Instanz entweder der Kläger, oder der Beklagte den Sieg davon getragen. War das Letztere der Fall, so wäre es an dem Kläger, zu appelliren und darauf anzutragen, das Urtheil, nach welchem der fundus dem Nⁿ gehört, möge reformirt werden. Da die Schuld der Verzögerung der endlichen Entscheidung hier an dem nichtbesitzenden Kläger liegen würde, so wäre kein Grund abzusehen, warum er jetzt in der Appellationsinstanz eine Sicherstellung hinsichtlich des Streitobjects erhalten sollte, die ihm in erster Instanz nicht gewährt wurde. Ein solcher Grund könnte allerdings in hinzutretenden besonderen Umständen liegen, z. B. darin, daß der Beklagte, Appellant und Besitzer anfangs eine *suspecta persona* zu werden, indem er das Grundstück absichtlich deteriorirte und die Früchte verwüsthete. Ganz wohl könnte also in unserer Stelle unter dem *adversarius* der Beklagte als Appellant verstanden sein. Näher aber liegt es, an den Beklagten als Appellanten zu denken. Er hat in erster Instanz aus dem schon angegebenen Grund keine *satisfactio iudicatum solui* geleistet. Jetzt trägt er darauf an, daß die *sententia*, wonach A^a Eigenthümer ist, reformirt werde. Dadurch schiebt er die Realisirung des in erster Instanz anerkannten Rechts des Klägers hinaus. Schon daraus könnte dem Letzteren ein Anspruch erwachsen, nunmehr Sicherstellung rücksichtlich des Streitobjects zu verlangen, gewiß aber giebt es ihm einen solchen, wenn der Appellant anfängt das Grundstück zu verwüsten. In der späteren klassischen Zeit — zur Zeit des Paulus — war es, wie wir unten (§. 191 ff.) sehen werden, unzweifelhaft Rechts, daß der in erster Instanz siegende Kläger von dem appellirenden Beklagten immer eine solche Sicherstellung fordern konnte, auch ohne daß ein besonderer Grund hinzukam, während der appellirende Kläger eine derartige Sicherheitsbestellung zu beantragen nicht befugt war. Nehmen wir nun an, daß in unserer Stelle der besiegte und appellirende Beklagte der *adversarius* sei, so würde sich der in derselben ausgesprochene Satz zu dem Paulinischen so verhalten, wie älteres mangelhafteres Recht zu dem späteren ausgebildeteren Recht, so daß früher die Bestimmung gegolten hätte:

„Nur wenn der Beklagte und Appellant die Felder verwüftet, 73. kann der Kläger und Appellat Sicherstellung rücksichtlich des Streitobjects fordern“, während das neuere Recht dahin ginge: „Der Beklagte und Appellant muß immer und in jedem Fall dem Kläger und Appellaten Sicherheit bestellen.“ Wird aber unter dem *aduersarius* der siegende Beklagte als Appellat verstanden, so müßten wir behaupten, daß zur Zeit des Erlasses des kaiserlichen Rescripts schon der Satz gegolten, der Beklagte habe als Appellant immer Sicherheit zu leisten, nicht aber, wenn die Appellation vom Kläger ausgehe; nur sei für letzteren Fall in unserer Stelle die Ausnahme geordnet, der Beklagte als Appellat müsse Sicherheit bestellen, wenn er anfangs die Felder zu verwüften.¹⁾

§ 74.

Bethmann-Hollweg²⁾ läßt die Frage unentschieden. Mir aber scheint es, als ob die in Fr. 21 § 3 cit. enthaltene Regel unzweifelhaft als das ältere Recht sich darstelle. Man könnte freilich sagen, daß, nachdem in dem ersten Satz gestanden „*post appellationem*“, es weiter heiße: „*cum populitarentur ab aduersario*“, daß daher in dem zweiten Satz an den Gegner des Appellanten, den Appellaten, zu denken sei. Allein es handelt sich im ganzen Rescript nicht um die Appellation selbst, sondern um einen Incidentpunkt bei derselben und dabei sind Gegner der die Sicherheitsbestellung Verlangende und der dieselbe Verweigende. Der Letztere nun ist unter dem *aduersarius* verstanden, und daß derselbe rücksichtlich der Appellation die Parteirolle des Appellanten einnahm, soll in dem Folgenden gezeigt werden. Wenn schon zur Zeit der rescribirenden Kaiser der Satz gegolten hätte, daß der Besitzer, welcher appellirt, Sicherheit durch Deposition der Früchte und Revenüen habe geben müssen, so könnten die Kaiser nicht geschrieben haben: „*Quamuis usitatum non sit*

¹⁾ So faßt die Stelle auf IACOB. GOTHOFREDUS Ad C. un. C. Th. de pecuniae sequestratione prohibita (2. 28).

²⁾ Gerichtsverfassung und Prozeß S. 368 Not. 97.

74. post appellationem fructus agri, de quo disceptatio sit, deponi“; und umgekehrt wäre es unwahrscheinlich, daß Paulus¹⁾, wenn zu seiner Zeit eine durch kaiserliches Rescript angeordnete Ausnahme bestanden, ganz allgemein gesagt hätte: „Quodsi petitor prouocet, fructus in causa depositi esse non possunt nec recte eorum nomine satisfactio postulatur.“ Dazu kommt, daß ein Fall, wo der Beklagte, der schon ein Urteil, also auch die beste Hoffnung auf den Sieg in zweiter Instanz für sich hatte, das Grundstück verwüstete, wohl kaum sich ereignet und Veranlassung zum Erlaß eines besonderen Gesetzes gegeben haben mag; während es hinwider ganz wahrscheinlich ist, daß ein in erster Instanz besiegtter, seine Angelegenheit mit Erbitterung betreibender Besitzer dazu gekommen sei, seinem Gegner durch Verwüstung des Feldes einen Schabernack zu spielen. Auch die Fassung des kaiserlichen Rescripts in seinem Zusammenhang deutet offenbar dahin, daß die Kaiser von dem zu ihrer Zeit bestehenden Recht, wonach bei der Appellation niemals Sequestration der Früchte vorkam, eine Ausnahme machten. Und das stimmt auch am besten mit dem wahrscheinlichen historischen Entwicklungsgang der Grundsätze über die Sicherheitsbestellung bei der Appellation überein.

Die Appellation, wie sie zur Zeit der klassischen Juristen bestand, hatte sich erst vom Anfang der Kaiserzeit an gebildet.²⁾ Bis dahin gab es gewiß keine besonderen Grundsätze über Sicherheitsbestellung wegen des Streitgegenstands beim Gebrauch eines Rechtsmittels, sondern es reichten die Cautionen, wie sie nach bekannten Regeln im Formularprozeß geleistet wurden, vollkommen aus. Die ersten Kaiser hatten rücksichtlich der Appellation so viel mit der Ordnung des Instanzenzugs und des äußeren Verfahrens zu thun, daß sie wohl nicht darauf kamen, eine besondere Cautionordnung für dieselbe vorzuschreiben, besonders da in den meisten Fällen die in erster Instanz bestellten Cautionen

¹⁾ Sent. rec. V. 36, 1.

²⁾ Bethmann-Hollweg, Gerichtsverfassung und Prozeß S. 348. Savigny, System Bd. 6 §§. 292, 495 ff. Keller, Röm. Civilprozeß § 82 S. 345.

genüigten, folglich ein dringendes Bedürfniß sich nicht zeigte.⁷⁴ Erst nach und nach, als die Appellation sich mehr und mehr ausgebildet hatte, stellte sich die Nothwendigkeit heraus, besondere Cautionen für dieselbe einzuführen, und vielleicht haben wir in der vielerwähnten Constitution der Kaiser Marc Aurel und Verus den ersten durch einen Rechtsfall aus dem Leben hervorgerufenen Versuch, in jener Beziehung etwas festzusetzen. Auch die Constitution von Marc Aurel in dem oben besprochenen Fr. 5 § 1 ut legatorum (36. 3) enthält eine solche durch einen einzelnen Fall veranlaßte Bestimmung. Man sah allmählig ein, daß es nicht gut sei, die Appellation zu sehr zu erleichtern; man erkannte vielmehr, daß es nötig sei, sie etwas zu erschweren — ein Gedanke, von welchem man bei Einführung des Instituts gewiß nicht ausgegangen war — und so wurden auch spätere Bestimmungen rücksichtlich der Cautionen strenger. Zuletzt endlich kam man zu der Theorie, wie sie in der späteren klassischen Zeit feststand.

§ 75.

Diese wird vorgetragen von Paulus im 5. Buch der *Sententiae receptae* Titt. XXXIII—XXXVII. Für uns ist am wichtigsten der 36. Titel:

POST PROVOCATIONEM QUID OBSERVANDVM SIT.

§ 1. Quoties possessor appellat, fructus medii temporis deponi conuenit. Quodsi petitor prouocet, fructus in causa depositi esse non possunt, nec recte eorum nomine satisfactio postulatur. § 2. Si propter praedia urbana uel mancipia appellatur, pensiones eorum uel mercedes, uecturae etiam si de nauis agatur, deponi solent.

Wenn der besetzte Kläger appellirt, dann sollen weder die Früchte deponirt, noch anstatt derselben Caution gefordert werden. Wenn aber der Beklagte appellirt, dann sollen:

- I. bei res immobiles und zwar
 1. bei praedia rustica und sonstigen fruchttragenden Gegenständen die Früchte,
 2. bei praedia urbana das Miethgeld;

75. II. bei res mobiles und zwar

1. bei Sklaven das Miethgeld,
2. bei Schiffen das Fahrgeld,

deponirt werden.

Es erhellt, daß überall nur von solchen Gegenständen die Rede, welche *fructus naturales* oder *ciuiles* tragen, so daß sich die Regel aussprechen läßt: Wenn im Streit über Gegenstände, welche *fructus naturales* oder *ciuiles* gewähren, der in erster Instanz besiegte Besitzer appellirt, so sind die in der Zwischenzeit, d. i. von Zeit der Einlegung der Appellation bis zur endlichen Entscheidung der Sache gezogenen Früchte zu deponiren.

Wir haben schon mehrfach diese Deposition eine Sicherheitsbestellung rücksichtlich des Streitgegenstands genannt. Es ist nun einleuchtend, daß dieselbe nicht als Sicherheitsbestellung rücksichtlich des ganzen Streitobjects gelten konnte, sondern nur als Sicherheitsbestellung rücksichtlich der in Rede stehenden Früchte. Einer weiteren Sicherung bedurfte es nicht. Denn wenn die streitige Sache eine *res immobilis* war, so konnte sie der Besitzer¹⁾ der dereinstigen Execution nicht entziehen, war es aber eine *res mobilis*, so war schon die *satisfactio iudicatum solui* geleistet, folglich der Kläger schon hinreichend gesichert. Uebrigens erhielt, wenn der Besitzer appellirte, der Appellat auch durch die von Paulus²⁾ näher angegebenen Bestimmungen über das *Succumbenzgeld* einige Sicherheit. Die Sicherung rücksichtlich der Früchte scheint hauptsächlich darauf berechnet zu sein, daß nicht der Besitzer, welcher dieselben gezogen hat, zuletzt, wenn es zur Restitution kommt, eine Berechnung aufstelle, durch welche er den siegenden Kläger verkürzt. Deshalb war auch Deposition der gezogenen Früchte, natürlich bei einem Dritten, angeordnet, wobei jedoch zu bemerken ist, daß anstatt der Deposition auch *Satisfactio* zulässig war. Dieß scheint aus den Worten hervorzugehen:

¹⁾ Der Appellat blieb Besitzer. MACER FR. 15 § 6 qui *satisfar. cog.* (2. 8).

²⁾ Sentent. rec. V. 33.

Quodsi petitor prouocet, fructus in causa depositi esse non 75.
possunt, nec recte eorum nomine satisfactio postulatur,

aus denen man folgern muß, daß in Fällen, wo Deposition der Früchte notwendig war, anstatt derselben satisfactio geleistet werden konnte. Dafür spricht auch die Analogie der Bestimmungen über die Deposition eines Succumbenzgelds bei der Appellation¹⁾, indem anstatt dieser Deposition ebenfalls Stipulation mit Satisfactio statthaft war. Dieß erklärt Paulus²⁾ folgendermaßen:

Ne quis in captionem uerborum in cauendo incidat, expeditissimum est poenam ipsam uel quid aliud pro ea deponere: necesse enim non habet sponsorem quis fideiussoremue dare, aut praesens esse; sed si contra eum fuerit pronuntiatum, perdit quod deposuit. § 3. Quoties in poena appellationis cauetur, tam unus quam plures fideiussores, si idonei sunt, dari possunt: sufficit enim etiam per unum idoneum indemnitati poenae consuli.

Daß man häufiger zur Deposition der Früchte, als zur Stipulation mit Satisfactio seine Zuflucht nahm, so daß endlich Paulus die Deposition als das Regelmäßige, die Stipulation als das ausnahmsweise Vorkommende erwähnen konnte, hat seinen Grund eben darin, daß die Deposition viel bequemer war, indem man dabei keiner Bürgen bedurfte und, wie Paulus richtig angiebt, die Schwierigkeit der Verabfassung der Stipulationsformel umgangen wurde, während auf der anderen Seite durch Deposition der Früchte, wie schon oben dargethan, auch das Interesse des nichtbesitzenden Appellaten besser gewahrt war, als wenn man die Berechnung dem Besitzer überließ.

Eigenthümlich aber bleibt es immer, daß hier die Deposition als Cautionsmittel in erster, die Satisfactio in zweiter Linie steht, während außerdem das umgekehrte Verhältniß stattzufinden pflegt.

¹⁾ Ueber die Größe desselben vgl. PAULLUS Sent. rec. V. 33 §§ 6—8. Bethmann-Hollweg a. a. D. S. 367.

²⁾ Sent. rec. V. 33 §§ 2 sq.

Müller, Sequester.

§ 76.

76. Nun bleibt noch die Frage zu beantworten: Welchen juristischen Charakter trägt die Deposition der Früchte bei einem Dritten? Die Früchte sind zu betrachten als ein Theil des Streitobjects. Dieser wird mit der Bestimmung deponirt, daß er dem Sieger ausgeantwortet werden soll und zwar natürlich so, daß dem Letzteren, sobald der Streit entschieden ist, eine *actio depositi* gegen den Depositär zusteht. Dieß ist nicht gut auf einem anderen Weg zu erreichen, als wenn die beiden streitenden Theile die fragliche Sache gemeinschaftlich deponiren unter der eben schon näher angegebenen Bedingung. Eine solche gemeinschaftliche Deposition ist um so mehr am Platz, als die Sache selbst streitig ist und der Beklagte, wenn er unterliegen sollte, jedenfalls schon von Zeit der *litis contestation* in *mala fide* war, so daß, trotzdem daß er noch besitzt, doch auch sein Recht des Fruchtbezugs in Zweifel ist. Die Deposition selbst stellt sich als Sequestration dar und somit haben wir wieder einen Fall kennen gelernt, wo die Deposition bei einem Sequester bei einer prozessualischen Cautio als Cautionsmittel gebraucht wird. Beiläufig möge noch untersucht werden, ob auch in der Deposition des Succumbenzgelds eine eigentliche Sequestration liege? Meiner Meinung nach ist dasselbe lediglich als das Einsetzen einer Wettsumme von Seiten des Appellanten aufzufassen. Es ist kein Zweifel, daß diese Summe sein Eigenthum ist: „*si contra eum fuerit pronuntiatum, perdit quod deposuit.*“ Wenn daher der Appellant die Summe bei einem Dritten hinterlegt, so geschieht die Deposition durch ihn allein, nicht in Verbindung mit dem Gegner. Freilich soll auch hier die deponirte Sache dem Gegner ausgeantwortet werden, wenn derselbe siegt; während sie im umgekehrten Fall dem Deponenten wieder zu restituiren ist. Aber wenn der Gegner siegt, hat er — nach älterem Recht — keine Klage gegen den Depositär¹⁾, sondern er kann bloß den Deponenten veranlassen zu klagen und diesem ist es dann möglich,

¹⁾ Arg. Impm. Diocletian. et Maximian. C. 8 ad exhibendum (3. 42).

mit der *actio praescriptis uerbis* zwar nicht die Rückgabe an sich 76. — denn die Bedingung, unter welcher die Summe dem Gegner ausgeantwortet werden sollte, ist eingetreten — wohl aber die Zahlung der deponirten Strafe an den Appellaten zu erlangen. Anstatt selbst diese Klage anzustellen, kann der besiegte Appellant sie jedenfalls dem siegenden Gegner cediren und diese Cession wird vielleicht, wenn Jener sich weigert zu klagen, oder die Klage zu übertragen, fingirt und so das Recht des Siegers realisirt. Möglich ist es aber, daß die Parteien, um diese Weitläufigkeiten zu vermeiden, von vorne herein eine wirkliche Sequestration der fraglichen Summe vornahmen, d. h. sie Beide deponirten mit der Bestimmung, daß sie dem Sieger ausgeantwortet werde. Uebrigens wurde jenes Succumbenzgeld schon von Diocletian abgeschafft und dafür eine arbiträre Geldstrafe eingeführt.¹⁾

Nach dem bisher Ausgeführten ist es leicht zu erkennen, wie gerade in dem Fall des oben behandelten Fr. 5 § 1 *legatorum* (36. 1) die Festsetzung einer besonderen Caution durch den Kaiser nötig war, da zu jener Zeit weder die Bestimmungen über die Deposition der Früchte, noch über das Succumbenzgeld existirten und wenn sie auch vorhanden gewesen wären, für jenen Fall keine Hülfe gegeben hätten.

2. Die Sequestration streitiger wie nichtstreitiger Sachen, welche ihren Grund nicht in dem Streit über das Recht an der fraglichen Sache hat.

A. Ohne richterlichen Befehl.

§ 77.

Wir lernten aus Fr. 9 § 3 *de dolo malo* (4. 3)²⁾, daß eine freiwillige Sequestration des Streitobjects vor der *Litiscontestatio* mit der Bestimmung „*ut uictori res reddatur*“ nicht am Plage

¹⁾ C. 6 §§ 4. 6 *de appellationib.* (4. 42). Vgl. jedoch Bethmann-Hollweg a. a. D. S. 367 Not. 93.

²⁾ S. oben § 51 S. 116 ff.

77. war. Dagegen konnte sie nach der Litiscontestation wohl ohne Bedenken vorgenommen werden. Schon oben (§ 52 a. E.) sind die Gründe ausgeführt, weshalb eine solche Sequestration nicht leicht vorgekommen sein wird. Wäre sie dennoch von den Parteien beliebt worden, so konnte sie nur den Zweck haben, daß die streitige Sache bis zum Austrag des Streits vom Sequester aufbewahrt werde. In den Fällen, welche wir bisher kennen lernten, sollte durch die Sequestration überall einem zwischen den Parteien abgeschlossenen Vertrag reale Sicherheit gegeben werden, die sequestrirte Sache diene gewissermaßen als Pfand. In unserem jetzigen Fall aber ist nicht abzusehen, welcher Vertrag durch die Deposition der Sache bei dem Sequester realiter gesichert werden sollte. Wenn auch die Römer den Gedanken festhielten, durch das Verfahren in iure entstehe zwischen den Parteien eine obligatio quasi ex contractu¹⁾ und es wohl denkbar wäre, daß man für diese reale Sicherheit durch Pfandbestellung u. erzielt hätte, so ist doch dagegen geltend zu machen, daß für die Sicherstellung der Litiganten gegeneinander gesorgt war durch die verschiedenen, vom Magistrat angeordneten Cautionen und daß die Parteien selbst keine Veranlassung hatten, neben diesen noch besondere Sicherheit durch freiwillige Pfandbestellung sich zu verschaffen. Höchstens ließe sich denken, daß einem Besitzer die Aufbewahrung der Sache lästig gewesen sei und daß er sie freiwillig in Deposition gegeben habe und zwar, um im Unterliegungsfall nichts weiter damit zu thun zu haben, im Einverständniß und zugleich mit dem Gegner, wodurch diesem für den Fall des Siegs eine actio depositi gegen den Sequester erworben worden. Eine factische Sicherheitsbestellung lag darin für den Nichtbesitzer wohl. Die Absicht der Parteien war aber nicht auf dieselbe gerichtet, jedenfalls trat sie sehr in den Hintergrund. Die deponirte Sache war nicht pignoris loco: geschah doch die Sequestration nicht deshalb, damit der bisherige Besitzer den Besitz verliere. So läßt sich denn behaupten, eine Sequestration der geschilderten Art sei lediglich zum Behuf

¹⁾ Keller, Röm. Civilprozeß § 62 S. 253 ff. namentlich Not. 722.

der Aufbewahrung der Sache während des Prozesses (*custodiae 77. causa*) geschehen. Der Umstand, daß die Sache eine streitige war, kam nicht weiter in Betracht, als insofern dadurch die Ungewißheit des zukünftigen juristischen Schicksals der Sache bedingt war.

§ 78.

Viel häufiger als bei streitigen Sachen scheint eine *sequestratio custodiae causa* dann vorgekommen zu sein, wenn zwar die gegenwärtige rechtliche Beziehung einer oder mehrerer Personen zu der Sache für jetzt vollständig geordnet war und zweifellos feststand, aber das zukünftige rechtliche Schicksal derselben, z. B. die Frage, wer von den mehreren Personen sie dereinst bekommen werde, noch im Dunkel lag. Beispiele von sogenannten freiwilligen Sequestrationen *custodiae causa* finden sich bei Juristen wie Nichtjuristen. Wir beginnen mit der Betrachtung eines solchen, welches zwar weit über die klassische Periode hinausfällt, aber doch auf die Vergangenheit einen Lichtstrahl insofern fallen läßt, als mit Bestimmtheit behauptet werden kann, daß in dieser Beziehung eine Abweichung des neueren von dem älteren Recht nicht vorhanden sei.

C. SOLLIUS APOLLINARIS SIDONIUS Epistul. III. 24¹⁾:

Sidonius Turno suo salutem.

Bene nomini, bene negotio tuo congruit Mantuani illud:

„Turne, quod optanti diuum promittere nemo

„Auderet, uoluenda dies en attulit ultro.“

Pecuniam pater tuus Turpio, uir tribunicius, mutuam pridem, si recordaris, a Maximo Palatino postulauit impetrauitque; nil quidem loco fiducia pignorisque uel argenti sequestrans, uel obligans praediorum: sed ut chirographo facto docetur, cauta centesima est feneratori: quae per bilustre producta tempus modum sortis ad duplum adduxit.

Turpio hatte also ein Gelddarlehn vom Maximus Palatinus empfangen, ohne dafür irgendwelche Realsicherheit zu bestellen:

¹⁾ Nach der Ausgabe der Werke des SIDONIUS in: *Patrologiae cursus completus* ed. Tom. LVIII. Paris 1847.

78. „nil quidem loco fiduciae pignorisque uel argenti sequestrans, uel obligans praediorum.“ Daß die Ausdrücke hier nicht streng unterschieden und genau gewählt sind, braucht wohl nicht weiter ausgeführt zu werden. So viel aber ist klar, daß die Worte fiduciae pignorisque nur im Allgemeinen sagen sollen, das Darlehn sei durch keinerlei Verpfändung vom Schuldner gesichert worden, während das Folgende zur weiteren Ausführung noch im Einzelnen beifügt, daß Turpio als Pfand weder argentum sequestrirt, noch ein Grundstück obligirt, d. h. mit einer Hypothek belegt habe. Argentum ist nun hier nicht in der Bedeutung von „Geld“ zu nehmen, denn wenn Turpio Geld zu verpfänden gehabt, so hätte er kein Geldbarlehn aufzunehmen gebraucht; vielmehr bedeutet das Wort „silberne Geräthschaften.“ Sequestrans aber kann recht wohl in der technischen Bedeutung gebraucht sein. Denn wenn es sich auch grammatisch auf Turpio allein bezieht und eine eigentliche Sequestration nur im Verein mit Marimus Palatinus geschehen sein könnte, so ist doch einleuchtend, daß eine Deposition der Pfandgegenstände bei einem Dritten von Seiten des Verpfänders — wenn durch diese Deposition die Verpfändung geschehen sollte — nur möglich, wenn der Pfandgläubiger damit einverstanden war, also nur dann, wenn entweder Beide zusammen die Deposition vornahmen, oder aber wenn der Eine für sich und zugleich für und im Auftrag des Anderen deponirte. In beiden Fällen aber würde eine wirkliche Sequestration vorliegen, indem jedenfalls auch die Bestimmung getroffen wäre, daß im Fall der Nichtbezahlung der Schuld die Pfandsache dem Gläubiger, im Fall der Bezahlung oder sonstigen Erlöschens des Pfandrechts dem Debitor restituirt werden solle. So hat denn wohl Sidonius den Fall einer wirklichen Sequestration der Pfandsache vor Augen gehabt und es läßt sich schließen, daß zu seiner Zeit und auch früher dergleichen Sequestrationen häufig vorkamen.

Man könnte darauf verfallen, das Letztere nachweisen zu wollen aus

C. 9 de pignoratitia actione (4. 24):

Impp. DIOCLETIANUS et MAXIMIANUS AA. et CC. Georgio. —

Pignus in bonis debitoris permanere, ideoque ipsi perire, in 78. dubium non uenit. Quum igitur asseueras, in horreis pignora deposita, consequens est, secundum ius perpetuum, pignoribus debitori pereuntibus, si tamen in horreis, quibus et alii solebant publice uti, res depositae sint, personalem actionem debiti reposcendi causa integram te habere. PP. VI. Non, Mai. Mediolani, AA. Conss. [293—304].

Alein hier ist sicher nicht von dem Fall einer eigentlichen Sequestration die Rede, sondern es war die Pfandsache von dem anfragenden Gläubiger einseitig deponirt worden und beim Depositar untergegangen. Wäre die Deposition vermöge einer Ueber-einkunft zwischen Schuldner und Gläubiger erfolgt, so hätte die Bemerkung „si tamen in horreis, quibus etc.“ keinen Sinn. Der Faustpfandgläubiger hat rücksichtlich der Pfandsache dem debitor omnem culpam zu prästiren.¹⁾ Wenn nun der Pfandgläubiger die Pfandsache bei einem Dritten deponirt, so fällt ihm gewiß jedes Verschulden bei der Auswahl des Letzteren zur Last. Daß aber eine solche culpa in eligendo nicht vorliege, ist zweifellos, „si — in horreis — quibus et alii solebant publice uti²⁾, res depositae sint.“ „Nur in diesem Fall“, sagt der Kaiser, „steht es ohne Weiteres fest, daß Dir nach Untergang der Pfandsache Deine persönliche Klage aus der Obligatio, für welche das Pfand bestellt war, integra (d. h. wirksam, ohne daß ihr eine exceptio gegenübersteht) bleibe.“ Der Gegensatz wäre: „Hast Du die Sache nicht in horreis, quibus alii solebant publice uti, sondern bei einer Privatperson deponirt, so kann möglicherweise der Schuldner den Einwand machen, daß bei der Deposition nicht die gehörige Sorgfalt von Dir gewahrt sei, indem vielleicht die Sache, wenn Du sie selbst behalten, oder wenn Du sie in horreis, quibus solent alii publice uti, deponirt hättest, nicht untergegangen wäre.“ Da in diesem Fall die actio pigneraticia directa Platz greifen würde, könnte dieselbe auch in Form einer exceptio doli

¹⁾ Fr. 13 § 1 Fr. 14. 24 § 3 de pigneratic. act. (13. 7). C. 4—8 eod. (4. 24).

²⁾ Darüber s. Beilage I.

75. der persönlichen Klage des Creditor entgegengesetzt werden, so daß dann diese nicht mehr *actio integra* wäre.

Dieser Gedankengang des Kaisers wäre unmöglich, wenn eine wirkliche Sequestration vorläge, denn dann hätten Gläubiger und Schuldner in Uebereinstimmung miteinander die Pfandsache beim Sequester deponirt, und an einen auf die nicht hinreichend beobachtete Sorgfalt bei der Sequestration gestützten Einwand des Schuldners der persönlichen Klage des Gläubigers gegenüber könnte nicht gedacht werden.

Werfen wir noch einen Blick auf die wirkliche Sequestration einer Pfandsache durch Pfandgläubiger und Pfandschuldner, wie sie dem *Sibonius* vorgeschwebt zu haben scheint, so sehen wir, daß Gläubiger und Schuldner in einem einseitigen obligatorischen Verhältniß stehen, welches durch Verpfändung der Sache vom Debitor Realsicherheit erhalten hat. Die Deposition der Pfandsache bei einem Dritten, welche in Folge gegenseitiger Uebereinkunft geschieht, soll das schon bestehende Pfandrecht weder überhaupt ermöglichen, noch verstärken, noch vermindern, noch sonst verändern, der einzige Zweck, welchen die Sequestration haben kann, ist der, daß Gläubiger und Schuldner es für zuträglich, sicherer und bequemer halten, wenn die Bewahrung der Sache einem beiderseitigen Vertrauensmann übergeben wird, so daß der Schuldner der Besorgniß vor einer fahrlässigen oder schuldvollen Behandlung seiner Sache durch den Gläubiger, dieser aber der Mühe und Gefahr der Aufbewahrung überhoben ist. Lediglich der *custodia* wegen wird also hier die Pfandsache bei dem Sequester deponirt.¹⁾

§ 79.

Ich gehe darauf über, zwei in die letzte Zeit des *ordo iudiciorum priuatorum* fallende Stellen des *Coder* zu betrachten, in welchen ebenfalls von einer *sequestratio custodiae causa* die Rede zu sein scheint.

¹⁾ Ueber den historischen Zusammenhang des alten *pignus ponere* mit der neueren Deposition der Pfandsache vgl. u. § 90 a. G.

C. 5 depositi (4. 34):

79.

Impp. VALERIANUS et GALLIENUS AA. et VALERIANUS C. Claudio. — Propter instrumenta quidem, quae te deposuisse cum aduersario tuo dicis, ut, residua pecunia, quae ex conductione debebatur, soluta, ea reciperes, si id, quod placuerat, implereti, sequestrem potes conuenire. Quamuis autem haec red-dita non fuerint, tamen aduersus eum, a quo fundum con-duxeras, si omne quod ex hoc contractu debebatur, reddidi-sti, ipsis solutionibus tutus es. Dat. Id. Iul. Aemiliano et Basso Coss. [259].

Das kaiserliche Rescript ist an einen gewissen C. Claudius gerichtet. Wie aus der Stelle selbst zu entnehmen, hatte dieser von einem Anderen — den wir Titius nennen wollen — eine Sache gemiethet. Claudius war seinen Verbindlichkeiten aus dem jetzt geendigten Miethverhältniß nur zum Theil nachgekommen und noch schuldig, einen Rest („residua pecunia“) an Titius zu zahlen. Bei Beendigung des Miethverhältnisses oder jedenfalls nach Lösung eines Theils der Verbindlichkeiten des Claudius hatten beide Contrahenten („quae te deposuisse cum aduersario tuo dicis“) Urkunden bei einem Dritten — der Seius heißen soll — deponirt mit der Bestimmung: „ut (*Claudius*), residua pecunia, quae ex conductione debebatur, soluta, ea(s) reciperet.“ Was waren das für Urkunden? Die Stelle giebt zur Beantwortung dieser Frage wenig Anhalt. Daher sind auch in dieser Beziehung verschiedene Meinungen geltend gemacht worden. In einem Scholium zu den Basiliken¹⁾ wird behauptet, es sei die Urkunde über den Miethcontract gemeint, indem dabei auf die Bestimmung des Fr. 2 § 1 de pactis (2. 14) verwiesen wird, wonach die Rückgabe des Schuldscheins dem Schuldner eine exceptio, wie bei dem pactum de non petendo, verschaffen soll. Allein die Urkunde über den zweiseitigen Miethvertrag kann nicht als einseitige Schuldschreibung gelten, deren Rückgabe zu Gun-

¹⁾ Schol. 2 ad Basil. XIII. 2, 38 (HEIMB. T. II p. 61): — — εἰ καὶ τὰ μάλιστα δὲ ταῦτα τὰ συμβόλεια, τουτέστιν, τὸ μισθωτικὸν γραμματεῖον, μὴ ἀναδοθῇ σοι — —.

79. sten des Schuldners spricht, vielmehr wird der Miethvertrag immer in mehreren Exemplaren existiren und davon eines der locator, das andere der conductor besitzen. Die Glossen¹⁾ und Späteren²⁾ nehmen an, Claudius habe die residua pecunia noch besonders versprochen und eine Urkunde darüber ausgestellt, welche dann deponirt worden sei. Dieß ist aber unwahrscheinlich, da sich kein Grund denken läßt, weshalb dann die Parteien jenen Schuldschein sequestrirt hätten. Ich möchte daher eher behaupten, daß Titius beim Empfangen der Abschlagszahlung des Claudius eine Quittung auf das Ganze ausgestellt habe und daß es diese Quittung war, welche bei dem Sequester deponirt wurde. Vielleicht hatten auch beide Theile einen Vergleich über ihre gegenseitigen Ansprüche abgeschlossen, wonach Claudius dem Titius noch eine gewisse Summe herausgeben mußte, so daß die Vergleichsurkunde als Schuldbekennniß des Claudius gelten konnte und jetzt, nachdem ein Theil jener Summe abschlägig bezahlt, bei dem Sequester deponirt worden war. Mag nun das Eine oder das Andere der Fall gewesen sein, immer liegt eine wirkliche Sequestration vor, die ihren guten Grund und Zweck hatte. Auf die Quittung über das Ganze hat Claudius zwar noch kein Recht, er kann aber Quittung über die Abschlagszahlung fordern; wenn nun Titius aus irgend einem Grund gleich die Quittung über das Ganze ausstellt und Claudius damit übereinstimmend auf die Quittung für seine Abschlagszahlung verzichtet, so ist es sehr natürlich, daß man im Interesse der beiderseitigen Bequemlichkeit und factischen Sicherheit dahin sich einigte, jene Schrift einstweilen bei einem Dritten zu deponiren mit der Bestimmung, daß dieser sie erst nach vollständiger Tilgung der Schuld dem Claudius überliefere. Denken wir an ein Vergleichsinstrument, so ist es auch den im Verkehr gewöhnlich beobachteten Billigkeitsrückichten gemäß, wenn nach geschehener

¹⁾ Gl. *Propter*] in L. 5 C. cit.: Loquitur colono, qui nummis colit et partem soluerat et de residuo cauerat et apud communem amicum instrumentum deposuerat.

²⁾ So z. B. I. BRUNNEMANN Comm. in Cod. ad h. l.

Abschlagszahlung die Parteien dahin sich vertragen, die Urkunde 79. solle jetzt bei einem Sequester deponirt und erst nach vollständiger Bezahlung der Schuld dem Claudius übergeben werden. In beiden Fällen ist das gegenwärtige Rechtsverhältniß an der Urkunde gar nicht zweifelhaft. Titius hat das Recht, sowohl seine Quittung, als das Vergleichsinstrument zu besitzen, so lange bis er vollständig befriedigt ist. Wenn er einwilligt, die fraglichen Urkunden zu sequestriren, so geschieht das nur, um sich von der Last der Bewahrung zu befreien und um seinem Mitcontrahenten eine factische Sicherheit zu geben, daß derselbe jene Urkunden nach vollständiger Zahlung erhalten werde. Es ist dieß keineswegs eine wirkliche Caution, Titius hat nicht den Willen, den Besitz aufzugeben; aber im gegenseitigen Interesse sollen die Urkunden von dem Dritten gut aufbewahrt und je nachdem die Zahlung rechtzeitig geschieht oder nicht, dem Claudius oder dem Titius restituirt werden, welche Restitution von dem Einen oder Anderen mit der *sequestraria depositi actio* zu erzwingen ist. Ich nehme daher an, daß auch hier bloß eine *sequestratio custodiae causa* vorliege. Bedurfte es doch im vorliegenden Fall gar keiner eigentlichen Caution irgendwelcher Art: Claudius war ja, wie die Kaiser richtig bemerken, nach Erfüllung seiner Verbindlichkeiten durch die Zahlung selbst gesichert. Die Urkunde kann überhaupt nur für den Beweis der Entstehung oder Aufhebung einer Obligation etwas nützen, und wenn eine Obligation durch *Solution* wirklich getilgt, ist es ganz gleichgültig, ob der Beweis der Zahlung durch etwaige vorhandene Urkunden, oder durch andere Beweismittel beigebracht werde. Daß übrigens die Sicherung, welche dem Claudius zu Theil wurde, bloß als eine factische aufzufassen ist, geht schon daraus hervor, daß seine Lage, rechtlich betrachtet, durch die Deposition durchaus nicht verbessert wird. Er konnte auch ohne die letztere nach vollständig geschehener Zahlung eine Quittung über das Ganze vom Titius verlangen oder das Vergleichsinstrument zurückfordern. Jetzt erhält er die Quittung resp. die Vergleichsurkunden von dem Sequester: er ist nur insofern besser daran, als er vielleicht mehr Zutrauen auf die Zuer-

79. Lässigkeit und Rechtlichkeit des Sequester, als auf diejenige seines Mitcontrahenten hat.

Ganz denselben Fall einer Sequestration, wie die eben betrachtete Constitution, enthält:

C. 6 eod.

Impp. DIOCLETIANUS et MAXIMIANUS AA. et CC. Alexandro. Is, penes quem utramque partem transactiones uel alia instrumenta commendasse dicis, legem, qua haec suscepit, seruare necesse habet. Dat. III. Kal. Mart. Sirmii Coss. [293—305].

Eine ausführliche Erklärung dieser Stelle ist nach der vor-
ausgegangenen Erörterung unnötig. Uebrigens leuchtet ein,
daß die freiwillige sequestratio custodiae causa noch in an-
deren Fällen vorkommen kann und es lassen sich auch in den
Pandekten noch Beispiele derselben finden, z. B. in Fr. 39 de
solutionib. (46. 3), ohne daß wir dieselben weiter verfolgen
wollen.

B. Auf richterlichen Befehl.

§ 80.

Von der Deposition von Urkunden bei einem Sequester auf
richterlichen Befehl sprechen folgende Stellen:

Fr. 5 familiae erciscundae (10. 2):

GAIVS (libro VII^o ad Edictum provinciale)

Si quae sunt cautiones hereditariae, eas iudex curare debet,
ut apud eum maneant, qui maiore ex parte heres sit; ceteri
descriptum et recognitum faciant¹⁾ cautione interposita, ut,

¹⁾ *Vulgat.* (HSS. und Ausgaben, z. B. Lugd. apud Vincentium 1541) und *Haloand.* ceteris descriptum et recognitum faciat. Vgl. Glück, Pandektencommentar Bd. 11 S. 46 Not. 30. BRENNMAN in der Göttinger Ausgabe des Corp. iur. Not. 25 ad h. l. Diese Lesart scheint unterstützt zu werden durch die Basiliken (XLII. 3, 5. HEIME. T. III p. 254), wo es heißt: „καὶ δίδωσι τοῖς ἄλλοις ἰσά“ (et ceteris exempla dat). Auf diese Stelle hin behauptet LEONIUS Emendat. III. 2, die Worte „descriptum et recognitum“ seien interpolirt und man müsse lesen „ceteris exemplum fa-

quum res exegerit, ipsae exhibeantur. Si omnes iisdem ex 80. partibus heredes sint, nec inter eos conueniat, apud quem potius esse debeant, sortiri eos oportet, aut ex consensu uel suffragio eligendus est amicus, apud quem deponantur, uel in aede sacra deponi debent.

C. 5 communia utriusque iudicii (3. 38):

Imp. DIOCLETIANUS et MAXIMIANUS AA. et CC. Frontino et Gafirioni. — De instrumentis, quae communia fratrem uestrum tenere proponitis, Rector prouinciae aditus, apud quem haec collocari debeant, existimabit. PP. VI. Id. Feb. Sirmii, AA. Coss. [293—304].

Das Fragment wie die Constitution behandeln den Fall, wo wegen gemeinschaftlicher Urkunden eine Theilungsklage angestellt ist. Beide geben Regeln über die Entscheidung. Daß die erste Stelle noch den *ordo iudiciorum priuatorum* voraussetzt („iudex curare debet“), während die zweite auf eine extraordinaria cognitio sich bezieht („Rector prouinciae aditus — existimabit“), ist gleichgültig, da Beide auf die materielle Entscheidung des Streitverhältnisses gehen, welche trotz des veränderten Prozeßgangs dieselbe bleiben mußte.

Eine reelle Theilung von Urkunden ist natürlich unmöglich. Es kann also die fragliche Urkunde als untheilbare Sache nur einem der Litiganten adiudicirt werden. Nach bekannten Regeln ist nun, wenn im Theilungsprozeß dem einen Theilhaber die Sache ganz zugesprochen wird, der andere durch Geldentschädigung, durch dingliche Rechte, welche an der bisher gemeinschaftlichen Sache bestellt werden u., abzufinden.¹⁾ Dieß ist aber bei Urkunden nicht möglich. Der Schaden, welcher einer der Parteien

ciat.“ Allein dagegen sowie gegen das „ceteris“ vgl. BRENNEMAN a. a. O., der in letzterer Beziehung richtig bemerkt: „Forte hoc ortum est ex uerbis finalibus legis praecedentis: sed et ille exemplum dat, qui ceteris describendi potestatem facit.“ Die Worte „ceteris — faciat“ in Parenthese zu setzen, wie GUIL. BESTIUS Coniect. quaed. ex iur. ciuil. c. 3 (G. OELRICHS Thes. diss. iur. Vol. I. t. 1 p. 220) und WALCH zu ECKHARD Herm. iur. p. 88 wollen, ist unnütz.

¹⁾ Arndts, Pandekten § 320.

90. aus dem Nichtbesitz der Urkunde erwachsen kann, läßt sich jetzt noch nicht ermesſen; für Jeden der bisherigen Theilhaber bleibt es auch in Zukunft wichtig, von der Urkunde, sobald er deren bedarf, sofort Gebrauch machen zu können. Dabei ist nicht zu übersehen, daß ein Streit um gemeinschaftliche Urkunden wohl seltener dadurch veranlaßt wird, daß ein Theilhaber nunmehr wirkliche Abtheilung von seinen Gemeinschaftsgenossen erstrebt, als dadurch, daß man sich nicht darüber einigen kann, wer die fragliche Urkunde aufbewahren soll. Dem Richter lag es nun ob, das Verhältniß überhaupt *ex fide bona* zu ordnen.¹⁾ Warum sollte ihm da nicht die Befugniß zugestanden haben, gewisse Sachen, bei denen weder eine reelle Theilung, noch genügende Abfindung der einzelnen Theilhaber denkbar war, im gemeinschaftlichen Eigenthum zu belassen, dabei aber Maaßregeln zu treffen, um künftigen Streitigkeiten vorzubeugen? Daß diese Befugniß dem *index* wirklich zustand, beweist unser Fragment: es soll derselbe im *iudicium familiae erciscundae* rüdsichtlich der gemeinschaftlichen Urkunden dahin erkennen, daß diese „*apud eum maneat, qui maiore ex parte heres sit*“, zugleich aber muß er von *Lexterem* Caution bestellen lassen: „*ut, quum res exegerit, (cautiones) exhibeantur.*“ Nirgends ist hier von einer *Abiudication* die Rede: die Urkunden sollen dem einen Erben nur zur Aufbewahrung gelassen werden („*apud eum maneat*“ und weiter unten: „— *apud quem potius esse debeant*“), offenbar so, daß sie gemeinschaftlich bleiben. Ist die angegebene Entscheidung nicht möglich, weil die Erben zu gleichen Theilen instituiert sind, so müssen dieselben um die Aufbewahrung lösen, natürlich wieder unter der Voraussetzung, daß derjenige, welchen das Loos trifft, *cautio de exhibendo* bestelle, ja es kann, wenn es zweckmäßiger erscheint, sogar dahin erkannt werden, daß die Sache bei einem *Sequester* deponirt werde, für welchen Fall doch jedenfalls anzunehmen ist, daß sie gemeinschaftlich bleibe.²⁾

¹⁾ PAULLUS Fr. 27 *famil. ercisc.* (10. 2). Keller, Röm. Civilprozeß § 40 S. 162. Dernburg, Compensation. S. 94.

²⁾ Hieraus ergibt sich die Unzulänglichkeit der Formel, welche Dern-

Die Bestimmung der Kaiser in C. 5 cit. ist einfacher als die soeben beleuchtete Darstellung des Gaius. Der Praeses provinciae soll bestimmen, bei wem die streitigen Urkunden zu deponiren sind, ohne daß vorher ein Versuch zu machen wäre, dieselben bei einem der Theilhaber gegen cautio de exhibendo unterzubringen. Auch steht die Wahl des Sequester nicht mehr den Betheiligten frei, sondern der Praeses soll ihn ernennen. Das Erstere ist daraus zu erklären, daß uns ein kaiserliches Rescript vorliegt, welches vielleicht durch einen Fall veranlaßt wurde, bei welchem an ein Verfahren, wie es Gaius vorschreibt, nicht gedacht werden konnte, indem Gründe vorhanden waren, sofort zum letzten Mittel, der Sequestration der Urkunden, zu schreiten. Das Andere erscheint nicht wunderbar, wenn wir die veränderte Stellung bedenken, welche die Sequestration überhaupt im späteren Prozeß einnimmt: eher erbringt uns die Constitution einen Verweis dafür, daß schon von der ersten Zeit an, wo das Verfahren extra ordinem allgemein geworden war, die Sequestration zu einem ganz anderen Institut sich umgewandelt hatte.¹⁾

Was nun aber die bei Gaius erwähnte Sequestration anbetrifft, so ist es eine wahre und eigentliche Sequestration, trotzdem daß mehrere Communionsinteressenten die Sache deponi-

burg, Compensation S. 94, für die actio familiae erciscundae construiert hat: „QVOD SEMPRONIANA HEREDITAS INTER TITIVM ET SEIVM COMMVNIS EST Q. D. R. A. QVANTVM PARET OB EAM REM TITIO SEIOVE ADIVDICARI TITIVMQVE SEIO SEIVMVE TITIO CONDEMNARI OPORTERE, TANTVM IVDIX TITIO SEIO ADIVDICATO, TANTVMQVE TITIVM SEIO SEIVMVE TITIO CONDEMNATO.“ Wollten wir auch von dem fehlenden Beisatz „EX FIDE BONA“ absehen, so würde doch der iudex durch diese Formel nur die Befähigung erhalten, zu adiudiciren, bezüglich zu condemniren. Da wir aber aus unserer obigen Stelle ersehen, daß der iudex die Befugniß hatte, noch einen dritten Weg einzuschlagen, so muß die Formel notwendig einen Zusatz erhalten, welcher den iudex auch hierzu ermächtigt. Auch der Keller'schen Formel der actio communi dividundo (Röm. Civilprozeß § 40 Not. 458 S. 162) wäre ein solcher Zusatz zu wünschen, da sich dort das „EX FIDE BONA“ nur auf das Verfahren bei der adiudicatio resp. condemnatio beziehen kann, nicht aber auf eine Thätigkeit, welche über das Adiudiciren resp. Condemniren hinausgeht.

¹⁾ Vgl. unten §§ 108 ff.

80. ren.¹⁾ Es kann nämlich gewiß nicht Jeder der Interessenten mit der actio depositi seine Quote fordern, sondern es soll nur Einer certa conditione (z. B. wenn die anderen Interessenten hinwegfallen) die Sache mit der actio sequestraria zurückzuverlangen im Stande sein. Das Verhältniß der Deponenten zu einander ist als ein (wenngleich durch richterliche Entscheidung veranlaßter) Vertrag aufzufassen, die Sache einem Dritten zur Aufbewahrung im gemeinsamen Interesse zu übergeben. Der Hauptzweck ist, die Streitigkeiten über die Aufbewahrung der Urkunde zu entfernen. Die erstrebte Sicherung der Rechte der Parteien tritt daneben in den Hintergrund: es entsteht höchstens eine rein factische Sicherheit, ohne daß an ein eigentliches gegenseitiges Caviren durch die gemeinschaftliche Deposition gedacht werden könnte. Sämmtliche Deponenten bleiben vielmehr Miteigenthümer und juristische Mitbesitzer der Sache: Keiner davon giebt seinen juristischen Mitbesitz auf, um den Anderen dadurch rücksichtlich der zwischen ihm und Jenem bestehenden Obligation zu sichern. Es ist ein ganz ähnliches Verhältniß wie dasjenige, welches wir oben bei Gelegenheit der Erklärung der C. 5 depositi (4. 24) und C. 6 eod. kennen lernten, nur daß dort die Deposition von den Parteien aus eigenem Entschluß und Antrieb geschah, während sie hier erst auf richterlichen Befehl erfolgt.²⁾

§ 81.

Noch einen Fall der sequestratio custodiae causa finde ich in

¹⁾ Vgl. oben § 17 S. 37 Not. 1.

²⁾ Von der Deposition von Urkunden, an denen Mehrere ein Interesse haben, bei einem Dritten handeln viele Stellen, so z. B. auch Fr. 4 § 2 famil. eriscund. (10. 2) und namentlich PAULLUS Sent. rec. V. 25, 9. An eine eigentliche Sequestration braucht dabei nicht immer gedacht zu werden, obgleich gerade die Stelle bei PAULLUS sich recht gut auf eine solche beziehen läßt: „Instrumenta penes se deposita quicunque alteri altero absente reddiderit uel aduersario prodiderit, pro personae eius conditione aut in metallum damnatur aut in insulam relegatur.“

Fr. 22 [23] § 8 soluto matrimonio (24. 3):

81.

ULPIANUS (libro XXXIII^o ad Edictum)

Sin autem in saeuissimo furore muliere constituta maritus dirimere quidem matrimonium calliditate non uult, spernit autem infelicitatem uxoris, et non ad eam flectitur, nullamque ei competentem curam inferre manifestissimus¹⁾ est, sed abutitur dote²⁾, tunc licentiam habeat uel curator furiosae, uel cognati adire iudicem competentem, quatenus necessitas imponatur marito, omnem talem mulieris sustentationem sufferre, et alimenta praestare, et medicinae eius³⁾ succurrere, et nihil praetermittere⁴⁾, quae⁵⁾ maritum uxori adferre decet secundum dotis quantitatem. Sin uero dotem ita dissipaturus manifestus est⁶⁾, ut non hominem frugi oportet, tunc dotem sequestrari⁷⁾, quatenus ex ea mulier competens habeat sola-

¹⁾ *Hal.*, *Vulg.* manifestissimum.

²⁾ So *Hal.*, *Vulg.* Die *Florent.* hat offenbar unrichtig dotem.

³⁾ *Hal.*, *Gothofred.* in *Not.* et medicina ei succurrere.

⁴⁾ *Hal.*, *Vulg.* Die *Florent.* hat ursprünglich praetermitte, corrigirt praetermitti. So auch *Taurelli.* Vgl. BRENNMAN N.t. 29 ad h. l. in der Göttinger Ausgabe des Corp. iur.

⁵⁾ *Taur.*, *Gothofred.* in *Not.* nihil praetermitti quorum. *Hal.* nihil praetermittere quorum. Die *Florent.* hatte ursprünglich quae, corrigirt quorum. Vulgathff. haben quod. Vgl. GEBAUER Not. 30 ad h. l. in der Göttinger Ausgabe.

⁶⁾ *Flor.* Sin uero dotem ita dissipaturus ita manifestus est. Die Vulgathff. und gedruckten Ausgaben stimmen darin überein, daß sie das zweite ita weglassen. BRENNMAN Not. 31 ad h. l. in der Göttinger Ausg. des Corp. iur. Die *Vulgat.* ändert auch das manifestus in manifestum und liest ita dissipare manifestum est; ähnlich *Hal.* ita eum dissipaturum manifestum est. Noch andere Lesarten und Conjecturen s. in der citirten Not. 31 ad h. l. im Göttinger Corp. iur. Ich bleibe bei ita dissipaturus manifestus est, obwohl nicht zu läugnen steht, daß dann dem ULPIAN ein Gracismus zum Verwurf gemacht werden muß. Allein Gracismen sind sonst bei Röm. Schriftstellern nichts Unerhörtes, und gerade unsere Construction kommt öfter vor. So bei PAULLUS Fr. 3 de dote praelegata (33. 4): „Qui ita legat — manifestus est.“ TACIT. Annal. II. 57: „atrox et dissentire manifestus.“ Vgl. ECKHARD Herm. iur. I. 3, 107 p. 170.

⁷⁾ *Hal.* ut hominem non frugi: oportet dotem tunc sequestrari.
Muther, Sequestr.

81. tium una cum sua familiā, pactis uidelicet dotalibus, quae inter eos ab initio nuptiarum inita fuerint, in suo statu durantibus, et alterius expectantibus sanitatem aut¹⁾ mortis euentum.

Der Mann ist verpflichtet, der dotirten wahnsinnigen Frau Unterhalt und Alimente zu gewähren, sowie für ihre Heilung zu sorgen und überhaupt Alles zu prästiren: „quae maritum uxori adferre decet secundum dotis quantitatem.“ Er kann dazu auf Antrag des Curators oder der Cognaten der Frau vom Magistrat extra ordinem angehalten werden. Ja es soll der Magistrat — natürlich wieder auf Antrag der genannten Personen — Sequestration der dos anbefehlen, wenn der Mann leichtsinnig und verschwenderisch mit derselben umgeht und dabei keine Rücksicht auf die Frau nimmt. Die Frau erhält dann für sich und ihren Hausstand (familia) den ihr zukommenden Unterhalt daraus. Das ist eines von den Privilegien, durch welche das Recht der Frau auf die dos sichergestellt wurde, ähnlich demjenigen, wonach die Frau, wenn der Mann der Insolvenz entgegengeht, schon während der Ehe die dos beanspruchen kann zum Unterhalt für sich und ihre Kinder.²⁾ Das Eigenthum des Manns an der dos ist ja durch mancherlei Bestimmungen so eingeschrumpft, daß es, dem materiellen Inhalt nach, mehr einem *ususfructus* gleichsieht, während die eigentlich rein persönlichen Rechte der Frau an der dos durch viele Begünstigungen so ausgedehnt worden sind, daß sie materiell gleichsam als ruhendes Eigenthum erscheinen. Wohl aber ist zu bemerken, daß die Sicherstellung der Frau sich auf die Erhaltung der dos sowohl für den Fall der Auflösung der Ehe, als für den Fall der Fortdauer derselben bezieht und daß gewissermaßen die Sequestration auch zum Vortheil des Manns geschieht, da es, so lange die Ehe besteht, in seinem wohlverstandenen Interesse liegt, daß die dos nicht vermindert werde. So ist hier überall kein Grund vorhanden, anzunehmen, die Seque-

¹⁾ *Ital., Vulg.* Die *Flor.* hat *et*.

²⁾ *ULPIANUS* Fr. 24 [25] *solut. matrim.* (24. 3). *IUSTINIANUS* C. 29 de *iure dotium* (5. 12).

stration trete an die Stelle einer eigentlichen prätorischen Caution. 81. Es wird die dos dem Sequester übergeben zur Aufbewahrung im gegenseitigen Interesse, die Sicherheit, welche dadurch beiden Theilen gewährt wird, ist rein factischer Natur. Im gegenwärtigen Augenblick ist die dos noch gar nicht streitig, ebenso ist es nicht streitig, daß die Frau ihren Unterhalt vom Mann aus derselben empfangen muß. Aber um Streitigkeiten vorzubeugen, zukünftigen Streitigkeiten, die wohl zur Anerkennung des Rechts der Frau, doch erst nachdem sie Jammer und Trübsal erduldet, führen würden, wobei es sehr zweifelhaft sein könnte, ob sich dann jene anerkannten Rechte noch realisiren ließen, wird die dos sichergestellt, indem der Prätor befiehlt, sie der Hut eines zuverlässigen Mannes anzuvertrauen. Es ist das ein außerordentliches, nicht auf andere Rechtsgrundsätze zurückzuführendes Mittel. Allein bei der dos darf der Magistrat im öffentlichen Interesse zu solchen Mitteln greifen, denn: „Reipublicae interest, mulieres dotes saluas habere.“¹⁾ Ein Bedenken steigt nur gegen den Ausdruck sequestrare auf. Hätte Ulpian nicht besser gethan, zu sagen, die Verwaltung der dos werde dem Mann entzogen und einem Curator übergeben? Allein es wäre unerhört, Jemanden gleichsam nur für einen Theil seines Vermögens für einen prodigus zu erklären und deshalb theilweise unter Curatel zu stellen. Aus diesem Grund hat Ulpian den Ausdruck sequestrare wohl absichtlich gewählt. Wie es rücksichtlich einzelner Sachen eines Menschen, deren zukünftiges juristisches Schicksal noch ungewiß, möglich ist, Deposition bei einem Sequester anzuordnen, so kann vorgeschrieben werden, es solle ein ganzer Vermögenscomplex einem Dritten zur custodia übergeben werden, welcher ihn, je nach dem Eintritt oder Nichteintritt einer gewissen Bedingung, dem bisherigen Inhaber oder einem anderen Berechtigten zu restituiren hat. Der Dritte aber wird nicht wie ein Curator von dem Prätor ernannt, sondern durch Wahl der Parteien (hier des Mannes und der Stellvertreter der Frau) bestimmt. In dem Vermögenscomplex sind nun nicht bloß körperliche Sachen enthalten, namentlich nicht bloß

¹⁾ PAULLUS Fr. 2 de I. D. (23. 3). POMPONIUS Fr. 1 solut. matr. (24. 3).

81. Mobilien, welche deponirt werden können: denn es kann höchstens an eine Deposition der beweglichen Sachen, der natürlichen und civilen Früchte von den unbeweglichen und Capitalien gedacht werden. Deshalb ist der Contract mit dem Sequester nicht wohl ein bloßes Depositum, sondern er geht in ein Mandatum über. In diesem aber erscheinen alle den Auftrag Ertheilenden als Mandanten: hier also der Mann und die Frau durch ihre Vertreter, so daß nicht daran zu zweifeln ist, es liege der Fall einer wirklichen Sequestration vor. Freilich müssen wir gestehen, daß die Sequestration eines ganzen Vermögens die alten engen Grenzen, welche der depositio apud sequestrem gesteckt waren, schon weit übersprungen hat. Diese Ausdehnung war aber möglich geworden, sobald man anerkannt hatte, daß der Contract zwischen dem Sequester und seinen Mitcontrahenten nicht immer Depositum, sondern auch Mandat ic. sein könne.¹⁾

¹⁾ SCIPIO GENTILIS De donationib. inter uirum et uxorem. Francf. 1606 III. 24 meint, der ganze § 8 des Fr. 22 solut. matr. sei eine Interpolation. Dieß ist aber sicher eine grundlose Behauptung, wie denn auch die obige Interpretation gezeigt hat, daß sich unsere Stelle recht gut mit dem zur Zeit Ulpian's geltenden Recht verträgt. — Uebrigens hatte man noch andere, der Sequestration verwandte Mittel, um einen Vermögenscomplez, dessen zukünftiges rechtliches Schicksal noch ungewiß war, wenn der jetzige Inhaber anfang zu verschwenden, sicherzustellen. So z. B. C. 3 de postliminio reuersis (8. 51): „Impp. DIOCLETIANUS et MAXIMIANUS AA. Varo. — Quum cognatos tuos nondum postliminio regressos affirmes, sed adhuc in rebus esse humanis, et bona eorum fraudibus diuersae partis dissipari, interpellatus Rector provinciae providebit eum sub observatione constituere, qui stipulante seruo publico satis idonee dederit. PP. V. Kal. Sept. Diocletiano III. et Maximiano Coss. (287). Hier ist freilich von der Bestellung eines wirklichen curator die Rede, wie auch allgemein angenommen wird. S. die Gl. *eum*] ad h. l. und BRUNNEMANN Comm. ad Cod. in h. l. Hase, daß ius postliminii und die fictio legis Corneliae. Halle 1851 S. 103. Vgl. auch ULPIANUS Fr. 15 § 1 ex quib. caus. (4. 6); Fr. 6 § 4 de tutelis (26. 1). PAULLUS Fr. 6 § 2 de cessione bonor. (42. 4). Ein solcher Curator hat insofern Ähnlichkeit mit dem Sequester, als es noch ungewiß ist, wenn er das Vermögen zu restituiren hat. Verschieden von demselben ist er aber dadurch, daß er vom Prätor bestellt, nicht von den Parteien ernannt wird. Vgl. übrigens auch PAULLUS Sent. rec. V. 12, 6.

3. Anhang.

Die Sequestration von Personen.

§ 82.

Hier ist es am Platze, von einem der Sequestration ganz^{82.} analogen Verhältniß zu reden, welches bei dem *interdictum de liberis exhibendis*, item *ducendis* vorkommt. Bekanntlich dient das *interdictum de liberis exhibendis* nur zur Vorbereitung des *interdictum de liberis ducendis*.¹⁾ Das Letztere heißt:

SI LVCIVS TITIVS IN POTESTATE LVCH TITHI EST, QVO MINVS EVM LVCIO TITIO DVCERE LICEAT, VIM FIERI VETO.²⁾

Ueber dasselbe wird in Fr. 3 § 3 sqq. de *liberis exhibendis* (43. 30) folgendermaßen gehandelt:

§ 3. Hoc autem interdictum competit non aduersus ipsum filium, quem quis ducere vult, sed utique esse debet is, qui eum interdicto defendat. Ceterum cessat interdictum, et succedere poterit notio Praetoris, ut apud eum disceptetur, utrum quis in potestate sit, an non sit. § 4. IULIANUS ait, quoties id interdictum mouetur de filio ducendo, uel cognitio, et is, de quo agitur, impubes est, alias differri oportere rem in tempus pubertatis, alias repraesentari. Idque ex persona eorum, inter quos controuersia erit, et ex genere causae constituendum est; nam si is, qui se patrem dicit, auctoritatis, prudentiae, fidei exploratae esset, usque in diem litis impuberem apud se habebit; is uero qui controuersiam facit, humilis, calumniator, notae nequitiae, repraesentanda cognitio est. Item si is, qui impuberem negat in aliena potestate esse, uir omnibus modis probatus, tutor uel testamento, uel a Praetore datus, pupillum, quem in diem litis apud se habuit, tuetur³⁾; is uero, qui patrem se dicit, suspectus est quasi calumniator,

¹⁾ ULPIANUS Fr. 3 § 1 de liber. exhib. (43. 30).

²⁾ Fr. 3 pr. ibid.

³⁾ Haloand. quem apud se habuit, in diem litis tuebitur.

62. differri litem non oportebit. Si uero utraque persona suspecta est, aut tanquam infirma, aut tanquam turpis, non erit alienum, inquit, disponi, apud quem interim puer educetur¹⁾; et controuersiam in tempus pubertatis differri, ne per collusionem uel imperitiam alterutrius contendentium aut alienae potestati paterfamilias addicatur, aut filius alienus patrisfamiliae loco constituatur. § 5. Etiam si maxime autem probet filium pater in sua potestate esse, tamen causa cognita mater in retinendo eo potior erit; idque Decretis Diui Pii quibusdam continetur; optinuit enim mater ob nequitiam patris, ut sine deminutione patriae potestatis apud eam filius moretur. § 6. In hoc interdicto, donec res iudicetur, feminam, praetextatum, eumque, qui proxime praetextati aetatem accedet, interim apud matremfamilias deponi Praetor iubet. Proxime aetatem praetextati accedere eum dicimus, qui puberem aetatem nunc ingressus est. Quum audis matremfamilias, accipe notae auctoritatis feminam.

Witunter hat man die Römische väterliche Gewalt als wirkliches Eigenthumsrecht des Vaters über die Kinder aufgefaßt.²⁾ Allein diese Annahme ist ganz unrichtig.³⁾ Die Familienverbindung ist auf der Familienliebe ruhend und „das Recht als die Norm des in Handlungen hervortretenden Willens für sich, erfaßt nicht das ganze Wesen der Familie, sondern nur deren Anerkennung in den Willensäußerungen der Personen für sich in ihrem Verhältniß als Familienmitglieder, oder zu solchen — —. Sowie das Familienglied ein Recht gegen das andere geltend macht, abstrahirt es von der Eigenschaft Beider als Glieder derselben Familie, und führt seinen Willen als Person für sich durch gegen den Andern, diesen ebenfalls nur als Person für sich erfassend.

¹⁾ *Haloand., Vulg.* Die Florent. hat educeretur.

²⁾ So z. B. noch I. h. Rommensen, *Röm. Geschichte.* Leipzig. 1854 Bd. 1 S. 56.

³⁾ Böcking, *Pandekten-Institutionen* Bd. 1 § 43 Not. 9 S. 166. Vgl. überhaupt die trefflichen Ausführungen dieses Schriftstellers über die Röm. Familienbottmäßigkeit a. a. O. §§ 42 ff. SS. 161 ff. namentlich § 42 Not. 9. 10 S. 163 und auch § 131 Not. 4 S. 501.

Nur aus dem juristisch anerkannten sittlichen Wesen der Familie⁸² läßt es sich auch begreifen, daß juristische Handlungen die natürliche Begründung oder Auflösung des Familienbands erzeugen können: „... aut natura, aut iure . . .“ (Fr. 195 § 2 de V. S. [50. 16]).“¹⁾ Es ist daher bei jedem Familienverhältniß Zweierlei zu scheiden: die natürliche auf Familienliebe ruhende Verbindung zwischen den Verwandten und die positiv-rechtliche Gestaltung des Verhältnisses. Im Römischen Recht nun hatte sich die patria potestas in den alten Zeiten mit großer Intensivität entwickelt und war zu einem Recht geworden, welches dem Eigenthumsrecht ganz ähnlich sah. Das Kind ist aber nie zur Sache, mithin nie zum reinen Object wirklichen Eigenthums herabgesunken, und daß dieß die Auffassung der Römischen Juristen war, geht hervor aus

Fr. 2 § 2 de interdictis (43. 1):

PAULLUS (libro LXIII^o ad Edictum)

Quaedam interdicta rei persecutionem continent, ueluti de itinere actuque priuato²⁾; nam proprietatis causam continet hoc interdictum. Sed et illa interdicta, quae de locis sacris et de religiosis proponuntur, ueluti proprietatis causam continent. Item illa de liberis exhibendis, quae iuris tuendi causa diximus competere; ut non sit mirum, si, quae interdicta ad rem familiarem pertinent, proprietatis, non possessionis causam habeant.

Es wird ja hier das Interdict, welches zum Schutz der patria potestas dient, zusammengestellt mit Interdicten, die überall nicht zum Schutz eines wirklichen Eigenthumsrechts, sondern zum Schutz von Rechten, die dem Eigenthum analog gebildet sind („ueluti proprietatis causam continent“), gebraucht werden, so daß überhaupt, wenn hier proprietas ohne Zusatz vorkommt, darunter nicht sowohl wirkliches Eigenthum, als das dem Eigenthum analoge

¹⁾ Böcking a. a. D. S. 163. Not. 9.

²⁾ Damit ist jedenfalls, wie schon die Glosse annimmt, das interdictum de itinere reficiendo gemeint. Vgl. Huschke, Studien des R. R. (1830) S. 387. Rudorff in der Zeitschrift für geschichtl. Rechtswissensch. Bd. 13. S. 240 ff. R. A. Schmidt, Interdictenverfahren der Römer S. 85.

82. Recht selbst im Gegensatz zu dem Quasibestitz desselben verstanden wird.¹⁾ Man nimmt also ähnlich, wie es eine quasi possessio giebt, eine quasi proprietas an und die Letztere ist natürlich ein anderes Recht als das Eigenthum selbst. Uebrigens wird gerade bei dem *interdictum de liberis exhibendis* ausdrücklich gesagt: es sei „*iuris tuendi causa*“ reddirt. Der Jurist würde sich nicht scheuen, dieses *ius*, wenn es Eigenthum wäre, auch als *proprietas* oder *dominium* zu bezeichnen. Ferner spricht gegen die Annahme, daß die *patria potestas* als Eigenthum an dem Hauskind aufgefaßt worden, der Umstand, daß da, wo dieselbe auf dem

¹⁾ R. A. Schmidt a. a. D. S. 81 ff. S. 92 nimmt an, daß von den „*interdicta, quae rei persecutionem continent*“ zwei Arten unterschieden seien: die „*interdicta quae proprietatis causam continent*“ und die „*interdicta quae ueluti proprietatis causam continent*“. Von den Letzteren seien zwei Kategorien aufgeführt: die „*interdicta quae de locis sacris et religiosis proponuntur*“ und die „*interdicta quae iuris tuendi causa competunt*“. Dabei faßt er das „*proprietatis causam continens*“ so, als ob damit bezeichnet werde, es müsse ein wahrer Eigenthumsbeweis erbracht werden (S. 82. 83); das „*ueluti proprietatis causam continens*“ so: der Kläger verfolge ein dem Eigenthum vergleichbares Recht (S. 83); dem *interdictum* aber, welches „*iuris tuendi causa*“ gegeben werde, fehle jede *proprietatis causa* (S. 84). Diese Bedeutungen sind aber zum Theil unmöglich, denn auch das *interdictum de itinere rescindingo*, welches als ein *interdictum proprietatis causam continens* bezeichnet wird, setzt bloß den Beweis des *ius rescindingi* voraus, also einen Beweis, welcher allerdings von dem Beweis des *ius itineris* uel *actus* abhängt, während dieser wieder auf dem Beweis des Eigenthums an dem *praedium dominans* ruht; allein der Letztere bezieht sich nur auf die Legitimation des Klägers; rücksichtlich des Rechts selbst ist nichts Anderes zu beweisen, als das Vorhandensein desselben, also lediglich das Vorhandensein eines in gewisser Beziehung dem Eigenthum analogen Rechts. Uebrigens wird im Schlusssatz der Stelle („*ut non sit mirum etc.*“) geradezu gesagt, daß die *interdicta, quae ad rem familiarem pertinent*, „*proprietatis causam*“ haben und *rei familiaris causa* proposita *interdicta* sind jedenfalls nicht bloß — wie Schmidt a. a. D. S. 92 Not. 22 will — diejenigen, welche auf das Vermögen sich beziehen, sondern es geht vielmehr aus dem Zusammenhang der Stelle hervor und ist auch mit dem Ausdruck verträglich, daß damit außer den genannten vermögensrechtlichen *interdicta* das *interdictum de liberis ducend.* bezeichnet wird. Die Einteilung Schmidt's ist daher ebensowenig zu billigen, wie die von ihm (am zuletzt angeführten Ort) gut widerlegte Leisner'sche Ansicht.

natürlichen Weg durch Erzeugung und Geburt in Römischer Ehe entstanden, keine Vindicatio des Sohnes zugelassen wurde, sondern daß eine solche nur in den weit selteneren Fällen statthatte, wo die patria potestas durch Rechts-handlungen erworben war.¹⁾ Ebenso aber wie es kein Eigenthum an dem in der Gewalt befindlichen Sohn gab, war kein Besitz an demselben möglich, ja nicht einmal eine Quasipossessio der väterlichen Gewalt darf — obgleich sie denkbar wäre — angenommen werden, da die Römer dafür keine besondere Theorie und keine besonderen Rechtsmittel ausgebildet haben²⁾, vielmehr ganz einfach und nackt sagen, das interdictum de liberis ducendis gehöre nicht zu den interdicta

¹⁾ Fr. 1 § 2 de R. V. (6. 1). S. u. Beilage V.

²⁾ Vgl. meine Inauguraldissertation über die Ersetzung der Servituten. Erl. 1852 S. 44 und die dort Citirten. R. Elvers (die Röm. Servitutenlehre. Marb. 1856. S. 659 Not. x) kennt freilich eine Quasipossessio, die unabhängig ist von einem quasipossessorischen Interdict und auch ohne ein solches bestehen kann. Ein derartiger Quasibesitz existirt aber nur vielleicht in irgend einem Handbuch des Naturrechts und bei Elvers. Die Römischen Prätores dagegen hatten es für angemessen erachtet, für den Quasibesitz der einzelnen Rechte besondere positive Sagen aufzustellen und diese, wie sie es gewohnt waren, in eine Interdictenformel zu fassen. Wo die Bedingungen dieser nicht vorhanden sind, kann daher auch von einem rechtlich geschützten Quasibesitz nicht die Rede sein. Das ist sehr klar und einfach und kaum zu bezweifeln. Nun hat zwar der Prätor in der Formel für das interdictum de itinere actuque priuato (Fr. 1 pr. de itin. actus priu. [43. 19]) das Requisit einer Ausübung an mindestens 30 Tagen des vergangenen Jahres nicht ausdrücklich aufgestellt, indem er nur sagt:

QVO ITINERE etc. HOC ANNO NEC VI, NEC CLAM, NEC PRECARIO AB ILLO VSVS ES etc.

allein das vsvs es wurde, wie wir von ULPIAN (Fr. 1 § 2 eod.) erfahren, so verstanden: „si modo anno usus est uel modico tempore, id est non minus, quam triginta diebus“. Schief ist es, wenn Elvers behauptet, ich müsse „consequent dann auch annehmen, daß gewaltsame Unterbrechung der Ausübung oder daß die Eingehung eines Precarium durch den Erßigenden die Erßigung noch nicht unterbreche, da ja das Interdict dann noch nicht verloren gehe.“ Aber das Interdict findet dann überhaupt nicht statt, denn sowohl, wenn von den als Minimum festgesetzten 30 Ausübungen eine einzige ui, clam oder precario vorgenommen war, kann von einer Quasipossessio nicht die Rede sein, als auch dann, wenn irgend eine Ausübung über jene Zahl hinaus fehler-

82. ueluti possessoria, sondern setze vielmehr den Beweis des Rechts voraus, diene also zum Schutz des Rechts selbst.

§ 83.

Nach meiner Ansicht ist nun das *interdictum de liberis du-
cendis* für den Fall besonders ausgebildet, wo keine vindication
der patria potestas zulässig war, also da, wo die väterliche Ge-
walt nicht auf Grund einer civilen Erwerbsart derselben, sondern
auf Grund der naturalen Erwerbsart (Erzeugung und Geburt)
in Anspruch genommen wurde (s. u. Beilage V.), anwendbar.

Dies zeigt sich schon in der Fassung des *interdictum*:

SI LVCIVS TITIVS IN POTESTATE LVCH TITHI EST,

indem wohl absichtlich die Fassung:

SI LVCIVS TITIVS EX IVRE QVIRITIVM IN POTESTATE LVCH
TITHI EST,

vermieden ist. Dieses *interdictum* kann nun sowohl stattfinden,
wenn ein Anderer die patria potestas über den Sohn beansprucht,

haft war, da ja für alle Ausübungen, nicht bloß für die als Minimum
bestimmte Zahl die Vorschrift des nec ui, nec clam, nec precario gilt. So-
bald also nur in einem Jahr der für die Servitutenerfüllung vorgeschriebenen
Zeit eine Ausübung ui, clam oder precario geschah, ist dadurch die Quasipos-
sessio und somit auch die Erfüllung unterbrochen. Wenn aber Elvers noch
weiter sagt, ich müsse analog „dann auch für die classische Zeit annehmen, daß
bewegliche Sachen eressen seien, wenn sie nur in der längsten Zeit eines Jahres
beseßen wären, da dann ja das *interdictum utrubi* die zur Erfüllung nötige
Zeit hindurch begründet wäre,“ so scheint seinem Gedächtniß entschwunden zu
sein, daß das *interdictum utrubi* ein *interdictum retinendae possessionis* ist.
Wenn A den Besitz am 1. Jan. erhalten hat, die Sache wurde ihm aber am
2. Juli entzogen, doch so, daß er am 31. Dec. das *interdictum utrubi* wirksam
ansstellen kann, so hat er allerdings nur per maiorem partem anni praeteriti die
Sache körperlich inne gehabt, aber beseßen hat er sie das ganze Jahr, denn er ist
noch am 31. Dec. fingirt gegenwärtiger Besitzer. Wollte dagegen A, wenn
sein Besitz am 1. Jan. angefangen hat, sich am 2. Juli darauf berufen, daß
er nunmehr per maiorem partem anni praeteriti beseßen, daß ihm deshalb
das *interdictum utrubi* zustehe und daß er somit eressen habe, so würde man
ihm entgegen, daß sich die Fiction des gegenwärtigen Besitzes nicht rückwärts
auf die Zeit erstreckt, wo er noch gar keinen Besitz hatte.

als auch, wenn der Sohn selbst die Freiheit von der väterlichen 83. Gewalt behauptet. Dem scheinen zwar die Worte zu widersprechen:

Hoc autem interdictum competit non aduersus ipsum filium¹⁾, allein das Bedenken, welches hieraus entstehen könnte, wird dadurch gehoben, daß die Bemerkung Ulpian's rein formell-prozessualischer Natur ist. Er sagt nämlich, bei dem Interdict kann der in Anspruch genommene Sohn nicht in eigener Person seine Freiheit vertheidigen, sondern er bedarf eines Defensor. Nur wenn sich kein solcher für ihn findet, muß durch eine *extraordinaria cognitio* geholfen werden. Daß aber im Allgemeinen das interdictum auch dann statthatte, wenn nicht ein Dritter die *patria potestas* über den Sohn beanspruchte, sondern wenn die Freiheit des Letzteren von aller väterlichen Gewalt geltend gemacht wurde, das geht hervor aus der Fassung des Interdicts, sowie aus den folgenden Paragraphen der Stelle. Hier wird nämlich über eine Ansicht des Julian referirt, dieselbe gebilligt und weiter ausgeführt. Der angezogene Jurist hatte aufgestellt: Wenn der als Sohn in Anspruch Genommene *minor* ist, soll in manchen Fällen der durch das interdictum veranlaßte Prozeß oder die anhängig gemachte *extraordinaria cognitio* bis zur Zeit der Mündigkeit des Sohnes verschoben, in anderen Fällen ohne Verzögerung durchgeführt werden. Das sei nach der persönlichen Qualität Derjenigen, zwischen denen der Streit entstanden, und auch nach der „*qualitas causae*“ zu beurtheilen. Es wird nun in dieser Beziehung folgendermaßen unterschieden:

I. Der Prozeß ist nicht zu verschieben, sondern gleich durchzuführen:

1. Wenn Derjenige, welcher seine Vaterschaft über das Kind vertheidigt, ein anerkannt rechtschaffener und braver Mann ist (A), Derjenige, welcher den Prozeß angeregt hat, aber eine *persona suspecta* (B). A soll bis „in diem litis“ das Kind bei sich behalten. Dies *litis* kann Zweierlei bedeuten: entweder bezeichnet *lis*

¹⁾ Deshalb nimmt auch Schmidt a. a. D. S. 84 Not. 8 an, das Interdict gehe nicht gegen den Unterworfenen selber.

83. das Streitobject und dies litis den Endtermin, bis zu welchem in Folge eines condemnatorischen Urtheils von dem Beklagten geleistet werden muß, oder aber lis heißt bloß so viel als Prozeß, und dann wäre unter dies litis der Anfang des eigentlichen Prozeßes (die litis contestatio) zu verstehen. Ich ziehe die letztere Erklärung vor, da in § 6 der Stelle besondere Bestimmungen über die Bewahrung des Kinds u. während des Prozeßes getroffen sind, Bestimmungen, welche mit der Annahme, der Vater habe in gewissen Fällen den Sohn oder die Tochter bis nach beendetem Prozeß behalten, nicht in Einklang zu bringen wären. Uebrigens hat Ulpian jedenfalls folgende Sachlage und folgenden Prozeßgang vor Augen. A ist der bisherige Inhaber der patria potestas und er ist auch Derjenige, welcher im gegenwärtigen Prozeß seine Vaterschaft behauptet („is qui se patrem dicit“). Ihm wird gegenübergestellt B, nicht als ein Solcher, welcher ebenfalls se patrem dicit, sondern als Derjenige, „qui controuersiam facit.“ Kläger ist also B, Beklagter A. B klagt nicht deshalb, weil er die väterliche Gewalt über das Kind für sich in Anspruch nimmt, sondern er stellt, um den A zu chikaniren, auf, das Kind sei gewaltfrei. Das interdictum de liberis ducendis ist aber nur Demjenigen gegeben, welcher behauptet, er sei Vater; keineswegs kann also die Anstellung des interdictum von Seiten des B gemeint sein. Ebenfowenig ist an eine vindication der Freiheit zu denken, denn es wird hier überall der Fall vorausgesetzt, daß die patria potestas auf naturalem Erwerbsgrund ruhe. Daher bleibt nichts übrig, als anzunehmen, B habe durch sein Vorbringen, das Kind sei gewaltfrei, eine extraordinaria cognitio des Prätor veranlaßt, und rücksichtlich dieser werde nun unter den vorliegenden Umständen gesagt: „repraesentanda cognitio est.“

2. Wenn Derjenige, welcher die Freiheit des Kindes von der väterlichen Gewalt behauptet, ein rechtschaffener Mann ist (A), der noch dazu die Rechte des Kinds wahrzunehmen hat, wie z. B. ein tutor testamentarius oder tutor Atilianus, Derjenige aber, „qui patrem se dicit“, ein homo suspectus und das Kind bis zum Anfang des Prozeßes bei A sich befand. Die Prozeßlage ist folgende. B nimmt die väterliche Gewalt über das als gewaltfrei

bei seinem Tutor A befindliche Kind in Anspruch und wirkt das 83. *interdictum de liberis exhibendis resp. ducendis* aus. Die Fassung des *Interdicts* enthält nichts, was die Anwendung desselben im vorliegenden Fall ausschließen könnte. Ulpian^o aber will offenbar dem Fall gegenüber, wo eine prätorische *Cognition* nicht zu verschieben war, auch einen Fall erwähnen, wo der durch das *interdictum de liberis ducendis* veranlaßte Prozeß sogleich vorgenommen werden mußte. So finde ich — trotz der Bedenken, welche § 3 unserer Stelle erregen könnte — gerade in der Darstellung des Ulpian einen Beweis für meine Ansicht, wonach das *interdictum* auch, wenn die Freiheit des Kinds von der väterlichen Gewalt durch einen Vertheidiger desselben geltend gemacht wurde, von dem angeblichen Vater gebraucht werden konnte. Beachtenswert ist es namentlich, daß es in dem Fall sub 1 hieß „*repraesentanda cognitio erit*“, während hier gesetzt wird „*differri litem non oportebit*“.

II. Der Prozeß ist zu verschieben, wenn gegen beide Liti-
ganten ein Bedenken obwaltet. Hier sind folgende Fälle möglich:

1. Derjenige sowohl, welcher die *patria potestas* behauptet, bezüglich vertheidigt, als Derjenige, welcher die Freiheit des Kindes vertheidigt, bezüglich behauptet, ist eine *persona suspecta*. Es ist da möglich, daß das Kind wirklich gewaltfrei ist, aber die Liti-
ganten haben sich geeinigt, den Prozeß jetzt anzufangen, um im gegenseitigen Einverständniß ein für den angeblichen Vater günstiges Urtheil zu erzielen, einerlei ob der, „*qui patrem se dicit*“ (z. B. gegen den Vormund) das *interdictum de liberis ducendis* ausgewirkt, oder ob Jemand von freien Stücken die Freiheit des Kindes geltend gemacht und die Sache zur prätorischen *Cognition* gebracht hat.

2. Der die väterliche Gewalt in Anspruch Nehmende, bezüglich Vertheidigende, oder der die Freiheit des Kindes Vertheidigende, bezüglich Behauptende, ist *infirmus* d. h. untauglich für eine verständige und kräftige Prozeßführung, der Gegner aber *suspectus*. Auch hier kann je nach den verschiedenen Fällen an beide Prozeßarten gedacht werden.

Ueberall in den sub II ausgeführten Fällen erwächst, da

83. die Parteien nicht reblich und bezüglich unfähig sind, in dem Interdictenprozeß sowohl, wie bei der prätorischen Cognition „für den Knaben die Gefahr, daß die Frage „an sit in potestate“ (und ich füge hinzu „cuius sit in potestate“) widerrechtlich und zu seinen Ungunsten und zwar mit der Macht der res iudicata entschieden werde.“¹⁾ Deshalb ist der Prozeß zu verschieben, bis der Knabe selbst sein Recht wahrnehmen kann, und es muß besondere Anordnung darüber getroffen werden, von wem er unter dessen erzogen werden soll.²⁾ Gewiß ist dies so zu verstehen, daß, namentlich wenn beide Litiganten personae turpes oder suspectae waren, der Prätor das Recht hatte, die Erziehung des Kinds in der Zwischenzeit einer dritten Person zu übergeben. Während der Dauer des Interdictenprozesses selbst (und wohl auch während der Zeit, welche die prätorische Cognition erforderte, obwohl dies nicht ausdrücklich gesagt wird), muß das in Anspruch genommene Kind, ist es weiblichen Geschlechts immer, ist es männlichen nur wenn es noch in der Impubertät sich befindet oder so eben aus der Impubertät heraustrat, bei einer matrifamilias „deponirt“ werden. Dies bezieht sich sowohl auf die Fälle, wo das Kind impubes und der Prozeß nicht zu verschieben, als auf den Fall, wo der Prozeß bis zur Pubertät des Kindes hinausgerückt, oder erst nach erlangter Pubertät anhängig gemacht wird, indem dann auch noch die „semina“ und „qui proxime praetextati aetatem accedet“ „deponirt“ werden sollen.

¹⁾ Schmidt a. a. D. S. 87.

²⁾ Uebrigens kommt Schmidt a. a. D. mit sich selbst in einen bedenklichen Widerspruch. Er nimmt an, daß das interdictum „nicht gegen den Unterworfenen selber“ gehe (S. 84 Not. 8). Und doch behauptet er jetzt, „es erwache auch in dem Interdictenprozeß für den Knaben die Gefahr, daß die Frage „an sit in potestate“ widerrechtlich zu seinen Ungunsten — entschieden werde.“ Das läßt sich aber prozessualisch nicht anders denken, als daß der die väterliche Gewalt Behauptende das interdictum de liberis ducendis einem bisher nicht in der väterlichen Gewalt Befindlichen, sondern als homo sui iuris Lebenden gegenüber anstellt, so daß also doch das interdictum dem Unterworfenen selbst gegenüber gebraucht werden könnte. Der Gefahr, in diesen Widerspruch zu verfallen, entgeht man durch die Annahme, daß das interdictum gegen den Sohn selbst möglich war, wenn dieser einen Defensor hatte.

§ 84.

So entsteht ein Verhältniß, welches nahe an die Sequestration hinangeht. Das Kind wird von beiden Litiganten einer *materfamilias certa conditione custodiendum reddendumque* übergeben. Von eigentlicher Sequestration ist jedoch ebensowenig die Rede, als von einem wahren Eigenthum oder wahren Besitz des Vaters bezüglich seines Gegners am Kinde gesprochen werden kann. Doch gerade so wie die *patria potestas* nach Analogie des Eigenthums („*quasi proprietatis causam continens*“) behandelt wird, läßt man eine Sequestration d. i. Deposition des Kindes zu, nach Analogie der Sequestration eigentlicher Sachen. Durch diese Sequestration des Kindes soll offenbar einerseits derselbe Zweck erreicht werden, wie durch die prozessualische Sequestration streitiger Sachen: der Vater soll Sicherheit erhalten für die Erwartung, daß der günstige Ausgang des Prozesses ihm die volle Anerkennung und Ausübung seiner väterlichen Gewalt wiederverschaffen werde; andererseits und hauptsächlich aber kommt auch das Interesse des Kindes selbst in Rücksicht. Das zeigt sich darin, daß sie nur bei denjenigen Personen vorgenommen wird, welche wegen ihrer natürlichen Schwäche und Unerfahrenheit eines äußeren Schutzes bedürfen, während selbständig gewordene und hinlänglich kräftige Jünglinge und Männer derselben nicht unterliegen. Was nun zuerst die Sicherstellung des Vaters anbetrifft, so ist diese rein factischer Natur und kann nicht als Cautio im eigentlichen Sinn angesehen werden. Bei dem *interdictum de liberis exhibendis* (wie auch bei der prätorischen Cognition) wurde eine *cautio iudicatum solui* gewiß nicht geleistet: es erfolgte keine Condemnation in eine Geldsumme, folglich war es unmöglich, *iudicatum solui* zu promittiren. Es kann daher unsere Deposition nicht aufgefaßt werden als Bestellung realer Sicherheit für die Cautionsstipulation, abgesehen davon, daß das Kind keine *res* ist und somit kein eigentliches dingliches Recht an demselben bestehen kann. Es ist in unserem Fall nicht an die Bestellung eines Pfands an dem Kind und somit auch nicht an die Errichtung einer wirklichen Cautio zu denken. Was die Rechtsverhältnisse der Litiganten zu dem Kind und

84. die Rechte derselben an dem Kind betrifft, so werden dieselben durch die Sequestration nicht im Geringsten verändert, das ganze Verhältniß ist mehr factischer Natur, als rechtlicher, obwohl es nach Analogie eines rechtlichen Verhältnisses gebildet ist und denselben Zweck verfolgt, wie Letzteres. Der Grund, aus dem es geschaffen ist, bleibt lediglich die Zweckmäßigkeit und Nützlichkeit und dieser hilft auch über die Bedenken hinweg, welche daraus entstehen könnten, daß ja doch das Verhältniß, welches man sich zum Vorbild genommen hatte, überall auf andere Rechtsgrundsätze sich zurückführen ließ, während solche auf das nachgebildete Institut unanwendbar sind. So wird auch die ganze *patria potestas* nach Analogie des Eigenthums behandelt und doch sind die Römer selbst darüber nicht im Zweifel, daß jene Analogie nur bis zu einem gewissen Punkt durchführbar ist und daß es zu den widersinnigsten Resultaten führen würde, wenn man überall die Lehre vom Eigenthum mit allen ihren Consequenzen auf die väterliche Gewalt übertragen wollte. Das eigene Interesse des Kindes bei der Sequestration anlangend, so ist es einleuchtend, daß die Lage des Sohns oder der Tochter bei Demjenigen, der da steht, er werde den Prozeß verlieren und dasselbe bald einem Anderen überlassen müssen, eine sehr schlimme werden kann. Nicht nur schlechter Behandlung ist es ausgesetzt, sondern auch geschlechtlichem Mißbrauch — daß daran Ulpian denkt, ist bei der damaligen Entsittlichung der Römer sehr wahrscheinlich — und anderen Gefahren: deshalb bleibt es das Beste, das Kind in die Hut einer anständigen Frau zu geben, damit es vor jeder derartigen Unbill bewahrt bleibe. Freilich zielt das gewissermaßen auch wieder auf die Sicherstellung des Vaters mit ab; denn diesem liegt daran, als Sieger das Kind in möglichst unverdorbenem und körperlich unversehrtem Zustand zu erhalten. Ueberall aber wird angenommen, daß ein selbständig und kräftig gewordener junger Mann nicht denselben Gefahren ausgesetzt sei, wie ein Kind und ein Weib. Deshalb sollen auch nur die Letzteren sequestriert werden, wobei noch zu bemerken ist, daß die Gefahr, welche dem Vater rücksichtlich der Vereitelung der Ausführung der richterlichen Sentenz durch den Beklagten droht, nur die sein kann, daß der

Letztere das Kind bösslicher Weise entfernt und verborgen hält, ⁸⁴ und daß dieß Entfernen und Verbergen viel leichter mit einem schwachen Weib und noch unmündigen oder eben erst mündig gewordenen Knaben sich bewerkstelligen läßt, als mit einem jungen erwachsenen Mann, welcher Kraft und Verstand genug besitzt, um sich dagegen zu schützen, fremden Ränken und fremder Schlechtigkeit als bloßes Spielwerk zu dienen.

Wo bei Streitigkeiten über die *patria potestas* die *rei vindictio* zulässig war, fand wohl die Sequestration des Kindes nicht ebenso statt, wie bei dem *interdictum* und der prätorischen *Cognition*. War ja dort die Bestellung einer *cautio iudicatum solui* möglich und ist doch kein Grund vorhanden, anzunehmen, man sei ohne dringende Notwendigkeit von der allgemeinen, bestehenden Cautionsordnung abgewichen.

Wir schließen dieses Kapitel mit der Bemerkung, daß die Zahl sowohl der freiwilligen als richterlichen Sequestrationen, welche *custodiae causa* geschahen, mit den in dem Vorigen behandelten Beispielen nicht erschöpft ist. Eine derartige freiwillige Sequestration konnte jederzeit von mehreren in irgend welcher Beziehung zu einander und zu einer Sache stehenden Personen beliebt werden, sobald nur Einer davon im Stande war, über jene Sache zu verfügen. Der Prätor aber war befugt, die Sequestration anzuordnen, sobald sie im wohlverstandenen Interesse beider Theile war, oder ein anderer Ausweg, beide Litiganten zufriedenzustellen, sich nicht zeigte. Dieß blieb auch so im späteren Röm. Recht, so daß wir darauf nicht zurückkommen werden. Da nun auch der Sequester als Schiedsrichter nicht wieder erwähnt zu werden braucht, ist unten im zweiten Buch lediglich die spätere Geschichte der Sequestration als prozeßualischen Cautionsmittels zu erzählen.

Drittes Kapitel.

Der Besitz des Sequester.

§ 85.

85. Es wurde schon erwähnt, daß in gewissen Fällen der juristische Besitz an der deponirten Sache auf den Sequester übergehe, in anderen nicht.¹⁾ Davon handeln zwei Stellen: Fr. 17 § 1 depositi (16. 3) und Fr. 39 de acquirenda, uel amittenda possessione (41. 2). Betrachten wir zunächst das erste dieser Fragmente:

FLORENTINUS (libro VII^o Institutionum)

Rei depositae proprietas apud deponentem manet²⁾, sed et possessio, nisi apud sequestrem deposita est: nam tum deum sequester possidet; id enim agitur ea depositione, ut neutrius possessioni id tempus³⁾ procedat.

Daß auf den Depositär regelmäßig weder das Eigenthum an der deponirten Sache, noch der Besitz derselben übergeht, ist unzweifelhaft. Von jeher aber haben die Worte: „nisi apud

¹⁾ S. oben § 30 S. 62 f.

²⁾ So die *Vulg.* — *Taur.* deponente Manet. *Florent.* deponente Manent. Vgl. BRENNMAN Not. 45 ad h. l. in der Göttinger Ausgabe des Corp. iur.

³⁾ *Haloand.* neutrius interim possessionis tempus. *Ms. Bamb. D I 6* neutrius possessionis id tempus.

sequestrem deposita est“ etc. Schwierigkeit gemacht. Hören wir 85. darüber Brun s¹⁾), welcher sich folgendermaßen ausläßt:

„Die natürliche Construction wäre hier, bei deposita est zu suppliren res und somit dem Sequester stets den Besitz zuzusprechen. So übersetzen auch die Basiliken.²⁾ Allein dann haben die folgenden Worte gar keinen Sinn. Denn wie kann man sagen: „Der Deponent behält den Besitz der Sache, außer wenn sie bei einem Sequester deponirt wird; denn nur dann besitzt der Sequester““? Man müßte das demum entweder ganz streichen, oder es zu sequester ziehen. Das Erstere ist zwar in den Basiliken geschehen, ist aber sonst ungerechtfertigt, und das Zweite wäre gegen den Sprachgebrauch von demum. Somit ist man eigentlich genöthigt, die schlechtere Construction anzunehmen, bei deposita zu suppliren possessio und dem Sequester den Besitz nur dann zuzusprechen, wenn nicht einfach die Sache, sondern der Besitz als solcher bei ihm deponirt ist.“

Diese Ansicht ist nicht neu. Schon Duarenus³⁾ hat sie ausgesprochen und viele Andere⁴⁾ sind ihm gefolgt, namentlich auch v. Savigny⁵⁾ und v. Wangerow.⁶⁾ Doch ist jene Meinung keineswegs die herrschende. Von den Neueren hat sich besonders Böcking⁷⁾ dagegen erklärt und auch ich sehe mich genöthigt, wider sie anzukämpfen. Brun s selbst⁸⁾ bemerkt rücksichtlich der Annahme eines depositum possessionis:

¹⁾ Das Recht des Besitzes. Tübingen 1848 SS. 7 ff.

²⁾ XIII. 2, 17 (HEIMB. T. II p. 49): Ἡ δεσποτεία καὶ ἡ νομὴ τοῦ παραδεδωμένου μένει, πλὴν τοῦ μεσεγγνωμένου· ἐκεῖ γὰρ ὁ μεσεγγνωτὴς νέμεται. δοκοῦσι δὲ παρατίθεσθαι, ἐφ' ᾧ μηδενὶ τῶν μερῶν εἰς νομὴν λογισθῆναι τὸν χρόνον.

³⁾ De sacris eccles. minist. III. 10. Opp. Ed. Francof. 1548 p. 1174.

⁴⁾ Siehe die Nachweisungen bei SCHULTING-SMALLenburg Not. ad Dig. h. l.

⁵⁾ Das Recht des Besitzes § 25. 6. Aufl. S. 347 Not. 2.

⁶⁾ Zeitschen zu Pandektenvorlesungen Bd. 1 § 200.

⁷⁾ Pandekten-Institutionen 1. Bd. 2. Aufl. § 123 Not. 18 S. 452: „L. 17 § 1 D. depositi (16. 3), in welcher letzteren Stelle nach Duaren noch fortwährend Savigny (und wieder nach diesem Brun s S. 8) unrichtig zu „deposita est“ als Subject possessio bezieht, statt res.“

⁸⁾ A. a. D. S. 16.

86. „Wie man sich diesen auffallenden Begriff — gedacht habe, ist nicht ersichtlich. Das Depositum des Besitzes soll natürlich etwas Anderes sein, als ein Depositum einer besessenen Sache. Allein wie soll man sich ein Deponiren des Besitzes als solchen denken? Der Besitz ist ja nichts als ein bestimmtes Verhältniß zur Sache und man kann doch nur Sachen selbst, nicht Verhältnisse zur Sache deponiren. Das Depositum des Besitzes löst sich somit an sich selbst in ein Depositum der Sache mit der Nebenbestimmung, daß der Depositär besitze, auf. Damit entsteht denn aber wieder die Frage, warum hier der Besitzesübergang durch Verabredung bewirkt werden könne.“

Es ist also durch die so künstliche, ja unnatürliche Annahme, daß *deposita est* durch *possessio* zu ergänzen sei, nicht das Mindeste gewonnen, und auch Bruns würde jene Erklärung nicht billigen, wenn er nicht glaubte, er sei dazu durch die Worte des Gesetzes gezwungen.

§ 86.

Allein gerade in dieser Beziehung waltet ein entschiedenes Mißverständnis ob. Die eigentliche Bedeutung von *demum* ist keineswegs „nur“. *Demum* heißt so viel wie *tandem*, *denique*¹⁾; *tum demum* ist also zu übersetzen: „dann endlich“. Darin kann nun wohl ein „dann nur“ gefunden werden, allein ich erinnere mich keines Beispiels, wo es die Römer entschieden in diesem Sinn gebraucht hätten. *Demum* (ohne *tum*) kommt wohl manchmal in der Bedeutung von „nur“ vor; aber auch so ist es meistens nicht bestimmt, die Ausschließlichkeit eines Ausspruchs oder einer Behauptung besonders hervorzuheben, sondern es liegt darin mehr eine gewisse Bestärkung: „*Simul autem importat quamdam affirmationem, et ueluti pluribus rebus consideratis, certam ratamque conclusionem rei quae affirmatur.*“²⁾ Diese bekräftigende Nebenbedeutung nun ist es, welche bei dem Wort „*demum*“ oft sehr stark hervortritt und dasselbe ganz geeignet macht, gebraucht

¹⁾ FORCELLINI s. u. *demum*. BRISSONIUS de V. S. h. u.

²⁾ FORCELLINI h. u. und die dort angeführten Beispiele.

zu werden, wenn das in einem Satz Gesagte irgendwie näher so. erläutert oder bestimmt werden soll. Es heißt dann so viel als *dumtaxat* (in der Bedeutung von *utique, certe quidem*) oder *scilicet*¹⁾ und kann mit unserem deutschen „freilich“ wiedergegeben werden. Besonders wenn *demum* „*particulis temporis* u. g. *nunc, tum*“ beigelegt ist, dient es lediglich dazu, „*ut uim addat.*“²⁾ Ich übersehe daher unsere Stelle: „Das Eigenthum an der deponirten Sache bleibt bei dem Deponenten, aber auch der Besitz, außer wenn sie bei einem Sequester deponirt ist, denn dann freilich besitzt der Sequester“, oder noch einfacher: „denn dann besitzt der Sequester.“ Es wird so durch den Satz „*nam tum demum*“ u. das Vorhergehende nur weiter entwickelt und näher ausgeführt. Es war gesagt, daß von dem regelmäßigen Zurückbleiben des Besitzes bei dem Deponenten eine Ausnahme statfinde, wenn die Sache bei einem Sequester deponirt werde: nun muß doch noch weiter angegeben werden, wer in diesem Fall eigentlich Besitzer werde, und das geschieht, indem einfach beigelegt wird: „denn dann besitzt der Sequester.“

¹⁾ Vgl. DIRKSEN *Manuale* s. u. *demum*. S. namentlich CICERO *Tusc. V.* 37 in der folgenden Note.

²⁾ HORAT. TURSELLINI *De particulis Latinae orationis libellus*. Ed. in German. V. Lips. 1769. p. 181. Vgl. CICERO *Ad Attic. VIII* epistul. X: „*Sed uideamus, et Cnaeus quid agat, et illius rationes quorsum fluant. Quodsi iste Italiam relinquet: faciet omnino male, et, ut ego existimo, ἀπογίστωσ:* sed *tum demum consilia nostra commutanda erunt.*“ Wollte man da übersetzen: „nur dann sind unsere Pläne zu verändern“, so würde man wohl den Sinn der Stelle verfehlen. Unmöglich kann *demum* mit „nur“ übersetzt werden bei CICERO *Tusc. V.* 37: „*Exsilium — quantum demum a perpetua peregrinatione differt?*“ Vgl. noch PLAUTUS *Mil. glor. III.* 8 uu. 54 und 55 (FLECKEISEN):

„*PA. Cogitato identidem, tibi quam fidelis fuerim.*

Si id facies, tum demum scibis, tibi qui bonus sit, qui malus.“

CAESAR *De bello Gallico* I c. 50: „*Tum demum Ariouistus partem suarum copiarum misit.*“ LIVIUS I. II c. 20 a. f.: „*Tum demum impulsus Latini, perculsaque inclinavit acies.*“

§ 87.

87. Sonach spräche Florentinus im Allgemeinen und ohne Ausnahme dem Sequester juristischen Besitz zu. Wie aber reimt sich das mit der zweiten der von uns schon angeführten Stellen?

Fr. 39 de acquir., uel amittend. poss. (41. 2):

IULIANUS (libro II^o ex Minicio)

Interesse puto, qua mente apud sequestrem deponitur¹⁾ res: nam si omittendae²⁾ possessionis causa, et hoc aperte fuerit approbatum, ad usucapionem possessio eius partibus non procederet³⁾; at si custodiae causa deponatur, ad usucapionem eam possessionem uictori procedere constat.

Man hat dieses Fragment nun wohl so verstanden, als ob das „possessio eius“ und „eam possessionem“ gleichmäßig eigentlichen Besitz und nicht das Eine Besitz, das Andere detentio nomine alieno bezeichne, so daß auch hier in Uebereinstimmung mit der vorigen Stelle dem Sequester stets juristischer Besitz zugeschrieben und ein Unterschied nur insofern gemacht würde, als jener Besitz des Sequester in einigen Fällen dem späteren Sieger zu-, in anderen abgerechnet werden solle. Aber schon Bruns⁴⁾ hat richtig bemerkt, diese Annahme sei deshalb nicht möglich, „weil doch natürlich, wenn der Sequester stets den Besitz bekommen sollte, die Sequesteranten notwendig ebenso stets den animus omittendae possessionis haben müßten.“ So würden wir denn bei der Meinung stehen bleiben, daß unsere Stelle sage: „Wenn eine Sache omittendae possessionis causa sequestrirt ist, erhält der Sequester juristischen Besitz, ist sie aber nur custodiae causa deponirt, so bekommt er bloß detentio nomine alieno, wie der einfache Depositar.“ Keineswegs aber möchte ich daraus mit

¹⁾ Haloand., *Vulg.* deponatur.

²⁾ Haloand. amittendae. *Vulg.* dimittendae.

³⁾ Haloand. procedet.

⁴⁾ A. a. D. S. S.

v. Savigny¹⁾), dem auch Bruns²⁾) und die meisten Neueren³⁾) 87 folgen, den Satz machen: „Wenn das Eigenthum einer Sache vindicirt, die Sache selbst aber bei einem Dritten (sequester) deponirt wird, so können die Parteien ausdrücklich bestimmen, daß dieser Dritte den Besitz haben solle, damit durch diesen Besitz alle bisherige Usucapion unterbrochen werde.“ Näher kommt der Wahrheit Böcking⁴⁾), welcher sagt: „Der juristische Besitz der Sache geht... auf den Sequester nur über 1.^o zufolge ausdrücklicher (L. 39 cit.) oder 2. stillschweigender Uebereinkunft, wenn der Uebergang in der Natur des Geschäfts liegt, wie wenn Mehrere über den Besitz streiten und die Sache bis zu erfolgter Entscheidung sequestriren (L. 17 cit.).“

§ 88.

Ueberall aber hat man zu viel Nachdruck auf die Worte „et hoc aperte fuerit approbatum“ gelegt und dieselben falsch aufgefaßt, wenn man sie auf einen Willensact und eine Willenserklärung der Sequesteranten bezog. Von einem bloßen Willensentschluß der Parteien kann „fuerit approbatum“ nicht verstanden werden⁵⁾); dem steht die Bedeutung von approbare und das aperte entgegen. Man müßte also mit v. Savigny annehmen, das „aperte approbatum fuerit“ sei auf eine ausdrückliche Erklärung des Willens der Deponenten zu beziehen. Ich sehe aber nicht ein, warum gerade hier eine stillschweigende (wenn nur deutliche) Erklärung des Willens ausgeschlossen sein sollte (z. B. wenn die Sequesteranten es wissenlich geschehen lassen, daß der

¹⁾ A. a. D. C. 346.

²⁾ A. a. D. C. 7 und 16.

³⁾ Mühlenthal, Pandekten § 233. Buchta, Pandekten § 125 vgl. mit den Pandektenvorlesungen ad h. §. v. Wangerow, Zeitschen § 200. Arndts, Pandekten § 135 vgl. mit § 387.

⁴⁾ Pandekten-Institutionen Bd. 1 § 123 Not. 18 C. 452.

⁵⁾ Bei Cicero Ad Quint. frat. l. III ep. 4 kommt zwar vor: „Ego meum consilium (praesertim si tu non improbas) uehementer approbo.“ Allein das geht offenbar nicht auf das Fassen eines Entschlusses, sondern auf die spätere Billigung des schon gefaßten.

88. Sequester die possessoriſchen Interdicte im eigenen Namen anſtellt). Auch würde dann Julianus gewiſſermaßen mit ſich ſelbſt in Widerſpruch geraten, da er erſt lediglich die Abſicht der Parteien für das Entſcheidende erklärt hat („interesse puto, qua mente“ etc.), während er jetzt die Willenserklärung zum Hauptmoment machte. Wäre es wahr, daß er verlangte, die Abſicht „omittendae possessionis causa“ ſolle immer ausdrücklich erklärt ſein, ſo müßte folgerichtig behauptet werden, daß, wenn die Abſicht, omittendae possessionis causa zu deponiren, vorhanden, aber nicht ausgedrückt war, ſogar gegen den Willen der Sequeſtranten angenommen werden müßte, es ſei bloß custodiae causa deponirt, ſo daß auf die mens der Deponenten gar nichts ankäme. Daher kann „si — hoc — fuerit approbatum“ nur heißen, entweder: „wenn dieß bewieſen ſein wird“¹⁾, oder: „wenn das gebilligt ſein wird.“ Beides gäbe in unſerer Stelle einen Sinn.

Nehmen wir approbare in der erſten Bedeutung, ſo würde der Jurist ſagen: „Wenn die Sequeſtration omittendae possessionis causa geſchehen iſt und das klar bewieſen ſein wird, ſo ſoll der Beſitz des Sequeſter den Parteien rückſichtlich der Usucapion nicht angerechnet werden.“ Das hieße alſo: es muß in jedem Fall von der Partei, die ſich darauf beruft, nachgewieſen werden, daß die Sequeſtration omittendae possessionis causa geſchehen ſei. Wenden wir dieß auf das Beiſpiel eines Scholiaſten zu den Baſiliken an.²⁾ A beſaß die Sache X bona fide und es fehlte zur Vollendung der Usucapion nur eine geringe Zeit von etwa zwei Monaten; A geriet dann mit B in einen Eigenthumsſtreit über die Sache, dieſe wurde bei C ſequeſtrirt und blieb bei dem Sequeſter drei Monate. A ſiegte aber und erhielt ſie deßhalb zurück. Nun kommt der wahre Eigenthümer A²A² und ſtellt gegen A die rei vindicatio an, gegen welche Letzterer ſich auf die Vollendung

¹⁾ In dieſer Bedeutung kommt approbare ſehr häufig vor, ſo bei GAIUS I. 18. 29. 32. 38. ULPIANUS Fr. 14 § 5 qui et a quibus man. (40. 9); PAULLUS Fr. 25 pr. de probationib. (22. 3); Fr. 63 § 4 ad SC. Trebell. (36. 1) und anderwärts. Vgl. DIRKSEN Manuale u. adprobare.

²⁾ Baſilik. XIII. 2, 17 Sch. 4 (HEIMB. T. II p. 49).

der Usucapion beruft. Nach altem Prozeß würde A¹A² die For- 88.
mel erhalten:

SI PARET EAM REM Q. D. A. EX IVRE QVIRITIVM A¹A¹ ESSE,
und es bliebe dem A überlassen, bei dem Verfahren in iudicio
seine Usucapion und somit nachzuweisen, daß A¹A² nicht mehr
Eigenthümer sei. Dazu genügt, wenn er beweist, daß er zu einer
Zeit, seit welcher das für die Usucapion geordnete tempus abge-
laufen ist, die Sache iusto titulo zu besitzen angefangen habe;
die Fortdauer dieses Besitzes braucht er nicht zu beweisen, da im
Allgemeinen für die Fortdauer eines einmal begonnenen rechtlichen
Zustands eine praesumptio iuris streitet und es offenbar zu viel
gefordert wäre, wenn man verlangte, der Usucapient solle nach-
weisen, daß der Zustand des Besitzes, welcher einmal begon-
nen, auch nicht wieder aufgehört habe.¹⁾ Behauptet der Gegner
Unterbrechung der Erßigung, so liegt nach dem Satz: „Ei incum-
bit probatio, qui dicit, non qui negat“²⁾ ihm der Beweis ob.
Sagt also A¹A², die Usucapion des A sei durch die Deposition
der Sache bei dem Sequester unterbrochen worden, so muß er das
beweisen und zwar dadurch, daß er zeigt, die Sequestration sei
omittendae possessionis causa geschehen. Daraus würde folgen,
wie nicht zu präsumiren, daß eine Sequestration omittendae pos-
sessionis causa vorgenommen sei.

Aber ich kann dem ganzen bisherigen Raisonnement keine
beweisende Kraft zugestehen. Allerdings liegt es dem A¹A² ob,
die Unterbrechung der Erßigung des A nachzuweisen; allein diesen
Beweis kann er möglicherweise gerade nur dadurch führen, daß
er zeigt, es sei eine Sequestration vorgekommen, ohne daß er
darthun müßte, jene Sequestration sei omittendae possessionis
causa geschehen; wenn nämlich überhaupt angenommen wird,

¹⁾ Puchta, Pandekten § 161, fordert „den Beweis des Besitzes an zwei
Zeitpunkten, deren Zwischenzeit nicht weniger als die Usucapionszeit beträgt“,
offenbar in Widerspruch mit sich selbst, da er vollkommen anerkennt, es streite
die Präsumtion für die Fortdauer eines Zustands, dessen Entstehung erwiesen
ist. Vgl. Puchta a. a. O. § 97. Stimmt ich aber selbst Puchta bei,
so würde das meinen obigen Erörterungen keinen Eintrag thun.

²⁾ PAULLUS Fr. 2 de probationib. (22. 3).

88. daß die Sequestration regelmäßig *omittendae possessionis causa* vorkomme. Und zu untersuchen, ob dieß der Fall, oder nicht, ist gerade unsere Aufgabe. Wir würden uns also einer *petitio principii* schuldig machen, wenn wir die obige Ausführung gelten ließen.

Nehmen wir jedoch an, es sei das Resultat derselben richtig, so wäre doch die Ausdrucksweise des Julian höchst eigenthümlich und es würde namentlich das „*aperte approbatum fuerit*“ auffallend sein, indem eher zu erwarten stünde: „*si — hoc apertis probationibus approbatum fuerit.*“ Ueberhaupt aber wäre, da es sich um einen förmlichen prozessualischen Beweis handelte, besser ein anderer Ausdruck gewählt worden, vielleicht bloß *probatum fuerit*, *comprobatum fuerit* oder etwas Ähnliches. Auch ist es kaum denkbar, daß der Jurist, wenn er sagen will: „sobald das Erste vorhanden ist, tritt das Zweite ein“, noch besonders hinzufügen sollte: „und das Zweite klar bewiesen sein wird.“ Ein derartiger Satz würde einen durchaus schiefen Gedanken geben, denn das Zweite könnte dem Wortlaut nach erst nach dem Beweis eintreten und wäre von dem Beweis eben so abhängig gemacht und bedingt, wie von dem, was bewiesen werden soll. Es versteht sich aber bei Juristen von selbst, daß, wenn von der Wirkung von Thatfachen gesprochen wird, dabei stillschweigend angenommen ist, daß jene Thatfachen schon bewiesen, oder doch beweisbar seien. Deshalb ist es mir unwahrscheinlich, daß Julian etwas, das sich schon von selbst versteht, hier noch mit besonderem Nachdruck sollte hervorgehoben haben.

Ich halte es daher für allein richtig, „*approbatum fuerit*“ in der zweiten der oben angegebenen Bedeutungen zu nehmen, besonders da dann die ganze Stelle einen Sinn erhält, bei welchem die übrigen Bedenken schweigen und in welchem sie sich namentlich mit Fr. 17 § 1 cit. ganz gut vereinigen läßt, was außerdem nur dadurch geschehen kann, daß man dem eben citirten Fragment Gewalt anthut.

Approbare, *comprobare* etc. sind durchaus Synonyma von *probare*.¹⁾ *Probatum est* aber kommt häufig in der Bedeutung

¹⁾ S. die Wörterbücher.

von *receptum est, placuit* vor¹⁾), ebenso *comprobatum est*²⁾), und 88. zweifellos kann auch *approbatum est* diese Bedeutung haben. Besonders wird *probatum est* dann gebraucht, wenn es sich um Rechtsfälle handelt, welche nicht durch ausdrückliche Gesetze, sondern durch die stillschweigende Billigung und Uebereinstimmung Aller anerkannt sind, und in der Sitte oder durch das Gewohnheitsrecht zur Erscheinung kommen.³⁾ Die Vorstellung, welche dabei unterläuft, ist eben die, daß ein stillschweigender *consensus omnium*, um anerkannt zu werden, der äußerlichen Manifestation durch Handlungen, einer *probatio, comprobatio, approbatio* im eigentlichen Sinn, bedürfe und daß nur das, was so als gebilligt erscheine, für ein Gewohnheitsrecht gehalten werden könne.

Ich meine nun, daß in unserem Fragment „*approbatum fuerit*“ in dieser Bedeutung gebraucht sei und daß *aperte* dann in dem Sinn genommen werden müsse, welchen es hat, wenn gesagt wird „*aperte cauetur lege*“⁴⁾), so daß es also so viel heißt als *manifeste, clare, plane*. Auch liegt in dem *aperte* der Begriff des *Öffentlichen und Allgemeinen*, so daß „*si hoc aperte approbatum fuerit*“ recht gut wiedergegeben werden kann mit: „Wenn das durch allgemeines Gewohnheitsrecht zweifellos anerkannt sein wird.“ Somit erhält unsere Stelle den Sinn: Es kommt bei der Sequestration darauf an, in welcher Absicht die Sequestranten die Sache deponirt haben. Die Sequestration kann aber geschehen *omittendae possessionis causa* oder *custodiae causa*. Um zu erkennen, ob in dem einen oder dem anderen Sinn sequestrirt worden sei, muß man auf die im Verkehr herrschenden Begriffe zurückgehen, und wenn es ein Fall ist, in welchem nach der allgemeinen Sitte angenommen wird, die Sequestration sei *omittendae possessionis causa* geschehen, hat der Sequester juristischen Besitz und es wird dadurch die *Usucapion* der Deponenten unterbrochen. Ist der Fall aber so gestaltet, daß nach den im Verkehr herrschenden Begriffen

¹⁾ So z. B. MODESTINUS Fr. 53 de O. et A. (44. 7). PAULLUS Fr. 36 de legib. (1. 3). Vgl. auch IULIANUS Fr. 32 § 1 eod.

²⁾ So z. B. HERMOGENIANUS Fr. 35 eod. Vgl. auch CICERO De inuent. II. 22.

³⁾ S. die in den beiden vorhergehenden Noten allegirten Stellen.

⁴⁾ IULIANUS Fr. 5 ad L. Iul. de adulter. (48. 5).

88. angenommen werden muß, die Sequestration sei *custodiae causa* geschehen, so wird die *Usucapion* der Deponenten nicht unterbrochen, es geht also hier auf den Sequester juristischer Besitz nicht über.

§ 89.

In welchen Fällen aber wurde angenommen, es sei *omittendae possessionis causa*, in welchen, es sei *custodiae causa* deponirt? *Custodia* heißt die Hut, die Aufbewahrung, und es ist eine bekannte Sache, daß jeder Depositär, somit auch jeder Sequester *custodia* zu prästiren hat. Es wird also „*si custodiae causa deponatur*“ nichts Anderes heißen, als: „Wenn der Zweck der Deponenten vorzugsweise darauf gerichtet ist, daß die fragliche Sache sicher aufbewahrt und so erhalten werde.“ Da bei der eigentlichen Sequestration das juristische Schicksal der deponirten Sache immer ungewiß, d. h. noch nicht bestimmt ist, welcher der Deponenten sie zurückerhalten wird, so haben Beide ein Interesse an der *custodia*: gewissermaßen dient dieselbe zur Sicherung der rechtlichen Ansprüche Beider. Diese Sicherung an sich ist rein factischer Natur: es ist keine wirkliche *Cautio*, die bestellt wird, ebenso wenig wie es *Cautio* ist, wenn Jemand die Sache, welche möglicherweise nach einiger Zeit an einen Anderen fällt, in Uebereinstimmung mit und auf Verlangen des Letzteren an einem für die Erhaltung zweckmäßigeren Ort, als bisher, aufbewahrt oder einen besonderen Hüter und Aufseher dafür bestellt. Das rechtliche Verhältniß der Berechtigten zur Sache wird dadurch nicht im Mindesten geändert, der bisherige Rechtszustand bleibt vollkommen wie er war, nur eine äußere Anordnung ist getroffen, welche auf Erhaltung der Sache für den dereinst Berechtigten abzielt. Da nun jede Sequestration mit einer Deposition verbunden ist, geschieht dieselbe immer *custodiae causa*. Aber es braucht die *custodia* nicht die Hauptsache zu sein, sondern nur das Mittel, um einen anderen Zweck zu erreichen. Dieß ist der Fall, wenn *omittendae possessionis causa* sequestrirt wird. *Omittere possessionem* heißt den Besitz aufgeben.¹⁾ Wenn also eine Sache bei einem Sequester

¹⁾ Vgl. z. B. ULPIANUS Fr. 4 § 1 de alien. iud. mut. c. (4. 7). SCAEVOLA Fr. 5 pro donat. (41. 6). PLAUTUS Rudens III. 3, 76.

deponirt wird, damit der bisherige Besitzer den Besitz verliere, kann 89. von einer *sequestratio omittendae possessionis causa* gesprochen werden, außerdem ist bloß eine einfache *sequestratio custodiae causa* vorhanden. Die Römer sind gewohnt, in ähnlicher Weise *custodia* und *possessio* einander gegenüberzusetzen, z. B. bei den *missiones in possessionem*, wie dieß aus vielen Stellen nachgewiesen werden kann.¹⁾

Wir haben nun wirklich Fälle kennen gelernt, wo die Sequestration deshalb geschah, um Jemanden den Besitz einer Sache zu entziehen. Am unzweifelhaftesten ist dieß bei der Sequestration, welche als Ersatz für die *satisfactio iudicatum solui* gebraucht wird (s. oben §§ 59 ff.). Dasselbe ist zu behaupten von allen übrigen Fällen, wo eine Sequestration auf Anordnung des Prätor anstatt und für eine prätorische Caution durch Satisfaktion eintritt. Die Caution ist die Bedingung, unter welcher der Prätor den gegenwärtigen Besitzstand erhält; wird sie nicht geleistet, so läßt er eine Aenderung desselben eintreten: entweder *translatio possessionis* auf den Gegner, und wenn auch dieser nicht caviren will, Sequestration mit Uebertragung des Besitzes auf einen Dritten, oder man schreitet, wenn die geforderte Caution nicht bestellt wird, sofort, ohne *translatio possessionis* auf den Gegner, zur Uebertragung des Besitzes auf den Sequester. Den einzigen Zweifel könnte Fr. 5 de *tabulis exhibendis* (43. 5) erregen. Allein auch da tritt, wie schon oben gezeigt wurde, die Sequestration nur ein, wenn der auf Exhibition Belangte die ihm auferlegte *cautio de exhi-*

¹⁾ Vgl. namentlich PAULLUS Fr. 3 § 23 de A. V. O. P. (41. 2): „Quod autem QUINTUS MUCIUS inter genera possessionum posuit, si quando iussu magistratus rei servandae causa, uel quia damni infecti non caueatur, possidemus, ineptissimum est; nam qui creditorem rei servandae causa, uel quia damni infecti non caueatur, mittit in possessionem, uel uentris nomine, non possessionem, sed custodiam rerum et observationem concedit; et ideo, quum damni infecti non cauente uicino in possessionem missi sumus, si id longo tempore fiat, etiam possidere nobis, et per longam possessionem capere Praetor causa cognita permittit.“ S. auch Fr. 5 § 1 ut legatorum (36. 3) und dazu das oben § 69 Gesagte, sowie die dort (S. 178 Not. 2 u. 3) angezogenen Stellen. Synonym mit *custodia* ist *observatio* und so bedeutet *observatio bonorum* dasselbe wie *custodia bonorum*. Vgl. C. 3 de *postliminio* (8. 51).

89. hendo — die Bedingung, unter welcher er im Besitz der fraglichen Urkunden belassen wird — nicht bestellt hat.

Aber ich gehe noch weiter und behaupte: Auch da, wo die streitige Sache dem Sequester als Schiedsrichter übergeben (§§ 31 ff.), und da, wo die Sequestration anstatt des außergerichtlichen uadi-
monium gebraucht wurde (§§ 43 ff.), geschah dieselbe *omittendae possessionis causa*. In beiden Fällen ist entweder der Besitz selbst oder aber das Recht auf Besitz streitig und die Parteien greifen zur Sequestration, um den Streit, welchen sie nicht sogleich austragen können, zu sistiren: es giebt also Jeder den von ihm behaupteten Besitz, bezüglich die Forderung, den Besitz sofort zurückzuerlangen, für den Augenblick auf, um ihn erst später wiederzuerhalten.

§ 90.

In dem Aufgeben des Besitzes, um dadurch einem Anderen für seine Forderung Sicherheit zu gewähren, liegt aber eine Verpfändung. Die Sicherung kann dadurch erstrebt werden, daß der aufgegebene Besitz auf den Gläubiger selbst, oder aber dadurch, daß derselbe auf einen Dritten, Unparteiischen übertragen wird. Beide Möglichkeiten haben im Römischen Recht eine gewisse reale Anerkennung gefunden. Seitdem man neben der Verpfändung mittelst der *fiducia* das eigentliche *pignus* gebrauchte — und dieß geschah, soweit unser Auge reicht, seit den ältesten Zeiten¹⁾ — ließ man bei letzterem den juristischen Besitz der Pfandsache auf den Gläubiger übergehen; ja das Wesen des *pignus* bestand eben darin, daß der Verpfänder den juristischen Besitz aufgab und dem Gläubiger einräumte. Doch konnte der juristische Besitz auch auf einen Dritten übertragen werden, man sprach dann, wie wir oben sahen, von einem *pignus ponere*. Ein *pignus ponere* aber kam beim *pignore certare*, beim *compromissum* durch Deposition und in allen Fällen, wo die Sequestration an die Stelle einer prozeßualischen Caution trat, vor. So ist es

¹⁾ Keller in Richter's Jahrbüchern für deutsche Rechtswissenschaft. Jahrg. XI S. 977.

denn ganz natürlich, wenn hier überall dem Sequester juristischer 90. Besitz zugeschrieben wurde. Eben weil die Litiganten *omittendae possessionis causa* deponiren, d. h. durch Aufgeben des Besitzes und Uebertragung auf einen Dritten sich gegenseitige Realsicherheit bestellen wollen, muß notwendig der Dritte, der Sequester, juristischen Besitz erhalten, und deshalb ist es ganz richtig, wenn Julian einestheils die Absicht der Parteien als das Maasgebende bezeichnet, anderntheils aber sagt: „Wenn eine Sequestration nach den im Verkehr herrschenden Begriffen *omittendae possessionis causa* geschah, erhält der Sequester juristischen Besitz.“ Eben in jenen Fällen ist es ja ganz klar, daß notwendig die Absicht der Sequestranten auf das Aufgeben und die Uebertragung des juristischen Besitzes auf den Sequester gerichtet ist. Allerdings ist die mit der Sequestration verbundene Absicht das Entscheidende, aber das Vorhandensein dieser Absicht wird überall angenommen, wo ein Fall vorliegt, welcher nach den im Verkehr herrschenden Ansichten *omittendae possessionis causa* geschehen war.

Nun kann man wohl sagen: In jenen Fällen wird also der Wille, *omittendae possessionis causa* zu sequestriren, vermutet; um wie viel einleuchtender ist es, daß auch in anderen Fällen, wo die Deponenten ausdrücklich erklären, den Besitz aufgeben zu wollen, derselbe auf den Sequester übergeht. Diese Meinung vertritt namentlich Böding.¹⁾ Dabei vergesse man nicht, daß auch so die Sequestration als Verpfändung geschehen würde und daß deshalb im Allgemeinen die Requisite einer solchen, z. B. eine Forderung, zu deren Sicherung sie vorgenommen wird, vorhanden sein müßten.

Aber ich muß mich doch gegen diese Ansicht erklären. Das *pignus ponere* war wohl vor Alters ein allgemein gebräuchliches Institut, dessen Anwendung nicht auf eine bestimmte Anzahl von Fällen beschränkt war. Aber im Laufe der Zeit wurde es mehr und mehr mit engeren Grenzen umzogen, so daß zuletzt nur gewisse häufig vorkommende Anwendungen desselben im Leben stehen blieben. Selbst von diesen wurden durch die Jurisprudenz einzelne (z. B. das eigentliche *pignore certare* s. v. § 32 C. 66 ff.)

¹⁾ Pandekten-Institutionen Bb. 1 § 123 Not. 18 C. 452. Vgl. ob. C. 231.

90. auf andere Rechtsgebiete hinübergezogen (§ 34) und es waren nur die wenigen oben aufgezählten Fälle, wo noch in späterer Zeit eine Verpfändung der Sache durch Deposition derselben bei einem Dritten geschehen konnte. Diese allmähliche Einschränkung eines sonst, wie es scheint, so beliebten Instituts hat ihren Grund in der Ausbildung der Lehre vom Pfandverkauf und der dadurch eingetretenen Veränderungen im Pfandrecht überhaupt. Stände noch im Allgemeinen der Satz fest: eine Sache kann dadurch verpfändet werden, daß der Besitz einem Dritten eingeräumt wird, so müßte diese besondere Art des Faustpfands in dem Pfandrecht ausdrücklich erwähnt sein. Da aber nichts darauf Abzielendes sich vorfinden läßt, vielmehr immer nur das eigentliche pignus, d. i. Verpfändung durch Uebertragung des Besitzes auf den Gläubiger genannt wird, sind wir nicht befugt anzunehmen, man habe auch noch in späterer Zeit der Verpfändung wegen den Besitz auf einen dritten Vertrauensmann übertragen können.¹⁾ Wenn es da auch noch manchmal vorkam, daß man die verpfändete Sache bei einem Dritten deponirte (s. oben § 78), so wurde doch nicht angenommen, daß der Besitz auf den Sequester übergegangen sei, vielmehr wurde auch hier der Pfandgläubiger als juristischer Besitzer betrachtet, und wenn ja dem Sequester die possessoriischen Interdicte übertragen worden wären, so konnte er nur als Stellvertreter des Pfandgläubigers angesehen werden. Lediglich in solchen Fällen, wo ein solches Stellvertretungsverhältnis nicht angenommen werden konnte, da es ungewiß, wer Pfandgläubiger, wer Pfandschuldner, also überall, wo die Sache eine streitige war, mußte man bei der alten Einrichtung stehen bleiben und den Besitz

¹⁾ Eine Spur der älteren Auffassung findet sich noch bei PAULLUS Sent. rec. II. 5, 1: „Creditor si simpliciter sibi pignus depositum distrahere uelit.“ Das pignus wird hier als ein depositum bei dem Pfandgläubiger betrachtet mit Uebertragung des Besitzes auf denselben. Vielleicht war vorher auch ein pignus als Depositum bei einem Dritten mit Uebertragung des Besitzes auf diesen erwähnt, denn die Rubrik des vorausgehenden Tit. III: „DE COMMODATO ET DEPOSITO PIGNORE FIDUCIAE“ ist insofern auffallend, als in dem Titel selbst kein Wort vom depositum pignus und der fiducia erwähnt wird.

auf den Sequester, der dann die possessoriſchen Interdicte im eige- 90.
nen, nicht im fremden Namen gebrauchen konnte, übergehen laſſen.
Doch auch da hat der Sequester nicht den *animus rem sibi ha-*
bendi. Deſhalb iſt ſein Beſitz als ein „abgeleiteter“ bezeichnet
und den übrigen Fällen eines ſolchen gleichgeſetzt worden.¹⁾

Wie ſchon mehrfach erwähnt, geſchah auch die *sequestratio*
custodiae causa gewiſſermaßen um eine Caution zu beſtellen.
Im Zweck und im endlichen Erfolg iſt daher dieſelbe gar nicht
ſo ſehr verſchieden von der *sequestratio omittendae possessionis*
causa. Der Unterſchied aber iſt, daß bei Letzterer dem Bedürfniß
gemäß von Alters her Uebergang des Beſizes auf den Sequester
ſtattgefunden hatte, während in den zum Theil älteren, zum Theil
neueren Fällen, wo kein ſolches Bedürfniß vorhanden, jener Ueber-
gang des Beſizes nicht zugelassen wurde.

§ 91.

Etwas könnte bedenklich erſcheinen. Ich habe den juridiſchen
(abgeleiteten) Beſitz des Sequester darauf zurückgeführt, daß die
Deponenten ſich gegenseitig die zu deponirende Sache verpfänden.
Nun wird aber bekanntlich der (abgeleitete) juridiſche Beſitz des
Faustpfandgläubigers dem Pfandschuldner, welcher an ſich auf-
gehört hat zu beſitzen, rückſichtlich der *Usucapion* zu Gute gerech-
net.²⁾ Es könnte daher für conſequent und billig gehalten werden,
auch bei der Sequeſtration dem obſiegenden Theil den Beſitz des
Sequester für die *Usucapion* in Anrechnung zu bringen. Dem wird
aber ausdrücklich von Julian widerſprochen. Dieß iſt zwar eine
auffallende, aber durchaus erklärliche Erſcheinung. Der Saß, daß
der Schuldner, welcher keinen Beſitz hat, dennoch die angefangene
Usucapion fortſetzen ſolle, gleich als ob er noch immer Beſitz hätte,
enthält eine Anomalie³⁾, indem hier die Fortdauer eines Beſizes

¹⁾ v. Savigny, Beſitz §. 125 ff., §. 280, §. 320 ff., namentlich
§. 346 und nach ihm die meiſten Neueren. Vgl. jedoch Böcking a. a. O.
§. 450 Not. 7, §. 451 und 452.

²⁾ IAVOLENUS Fr. 16 de *usurpationib.* (41. 3). PAULLUS Fr. 1 § 15 de
A. V. A. P. (41. 2). IULIANUS Fr. 36 eod.

³⁾ v. Savigny, Beſitz § 24 §. 341.

Ruthe, Sequeſtr.

91. fingirt werden soll, welcher nicht mehr vorhanden ist. Diese Fiction geschieht zu Gunsten des Schuldners. Doch ist es einleuchtend, daß sie nicht angewendet werden konnte, wenn der Besitz der verpfändeten Sache zwischen dem Pfandgläubiger und dem Schuldner schon vor der Verpfändung streitig war. Man kann die Fortdauer eines Besitzes fingiren, der einmal wirklich vorhanden war, bedenklicher aber ist es, anzunehmen, ein Besitz bestehe noch fort, welcher vielleicht nie existirte. Da müßte man mit der Fortdauer auch den Anfang fingiren, und hierzu ist durchaus kein genügender Grund vorhanden. Bei der ältesten Anwendung der Sequestration, wo der Sequester als Schiedsrichter fungirte, war es an sich klar, daß in dem Compromissum der Parteien die Uebereinkunft lag, die Sache solle demjenigen zugesprochen werden, welchem sie im Augenblick des Abschlusses des Compromissum gehörte. Es lag darin gleichsam ein Verzicht, später eintretende Veränderungen im materiellen Rechtsverhältniß noch geltend zu machen. Diesem gegenüber wäre es komisch gewesen, eine Fiction eintreten zu lassen, welche demselben in ihrer Endwirkung geradezu widersprochen hätte („*id enim agitur ea depositione, ut neutrius possessioni id tempus procedat*“). Ganz ähnlich in allen anderen Fällen der *sequestratio omittendae possessionis causa*. Die Sache ist da immer eine streitige und deshalb versteht es sich von selbst, daß dem Widersacher gegenüber die Fiction unanwendbar blieb. Was man aber für das Verhältniß zwischen den Parteien festgesetzt hatte, das mußte man auch für das Verhältniß einer Partei zu dritten Personen gelten lassen. War einmal erklärt: der *Usucapionsbesitz* wird durch die Sequestration einer streitigen Sache dem Widerpart gegenüber unterbrochen, so konnte man nicht gut sagen: aber dritten Personen gegenüber bleibt er fortbestehen. So war es eine in den factischen Umständen liegende Nothwendigkeit, wenn bei der *sequestratio omittendae possessionis causa* der juristische Besitz des Sequester dem obliegenden Theil nie zu Gute gerechnet wurde, während bei der *sequestratio custodiae causa* die Zeit, wo der Sequester die Sache inne gehabt, dem Deponenten, welcher von Anfang an besessen hatte oder, wie Julian, auf den in § 77 erwähnten Fall hinführend,

sagt, „dem Sieger“ nicht entzogen werden konnte, da ja hier der 91. Sequester überhaupt keinen Besitz, sondern nur *detentio nomine alieno* hatte.

§ 92.

Noch will ich bemerken, daß nach meinen Ausführungen sich der scheinbare Widerspruch zwischen Fr. 17 § 1 *depositi* (16. 3) und Fr. 39 de A. V. A. P. (41. 2) vollkommen befriedigend auflöst. Man fragt: Wie kann Florentinus dem Sequester im Allgemeinen und überhaupt juristischen Besitz zusprechen, während Julian nur dann, wenn *omittendae possessionis causa* deponiert wird, diesen juristischen Besitz anerkennt? Die einfache Antwort auf diese Frage ist: Florentinus denkt überhaupt nur an den Fall einer *sequestratio omittendae possessionis causa*, kann daher folgerichtig auch nur davon sprechen, daß der Sequester juristischen Besitz habe. Unser Autor hat nämlich nur Fälle im Sinn, wo die Sache, weil sie eine streitige war, sequestrirt wurde, also Fälle, wo immer von Seiten der Parteien der Wille, den Besitz aufzugeben, vorhanden war. Dieß geht mit Evidenz aus dem pr. des Fr. 17 cit. hervor, wo es heißt:

— — *attamen apud sequestrem non nisi plures deponere possunt, nam tum id fit, quum aliqua res in controuersiam deducitur,*

sowie namentlich aus den schon angezogenen Schlußworten des § 1: *id enim agitur ea depositione, ut neutrius possessioni id tempus procedat.*

Aber, wird man mir entgegen, auch Julianus denkt an die Deposition einer streitigen Sache, wenn er von der *sequestratio custodiae causa* spricht, denn es heißt:

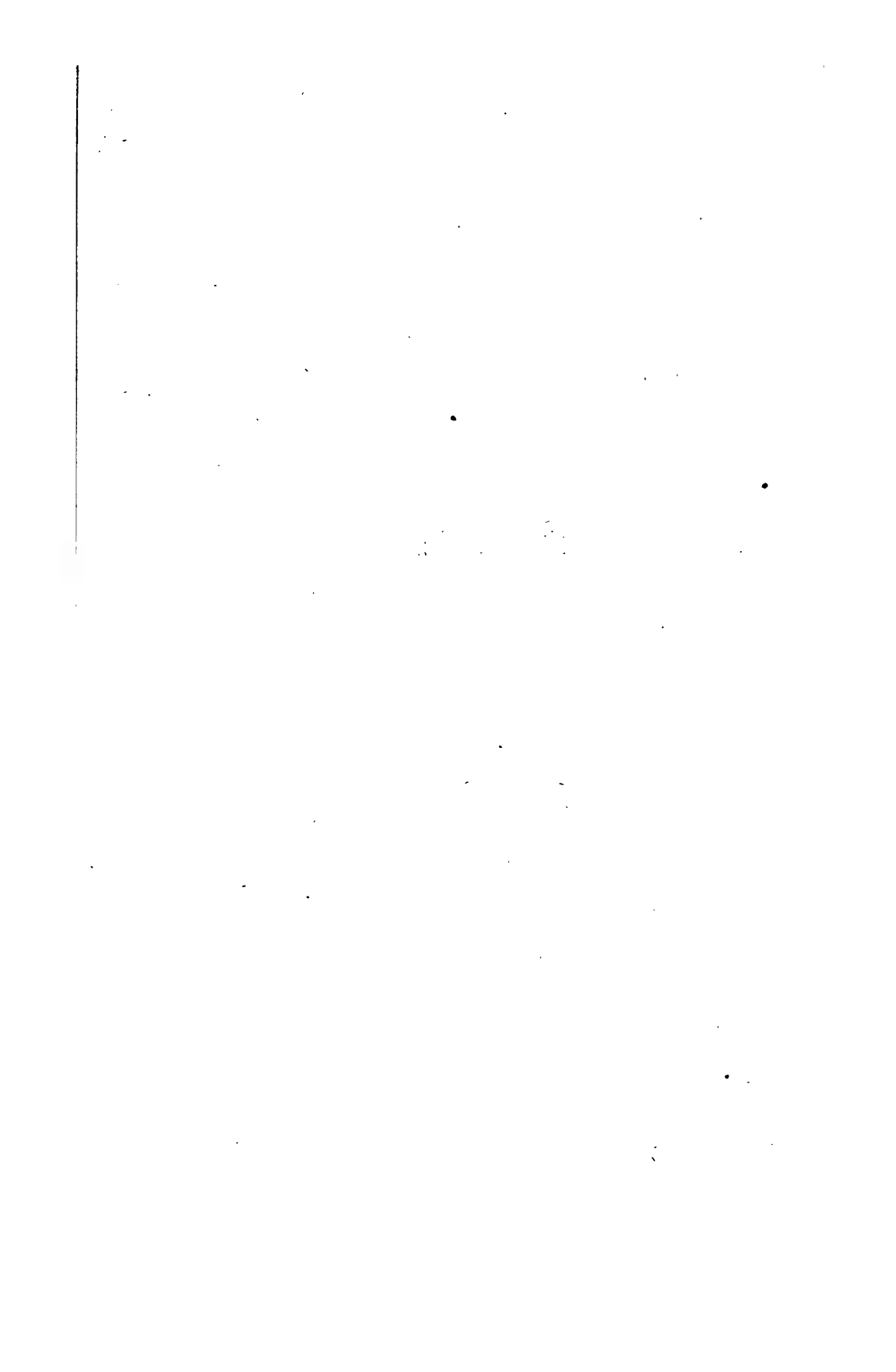
„— *si custodiae causa deponatur, ad usucapionem eam possessionem uictori procedere. constat.*“

Run giebt es allerdings, wie wir oben sahen, einen Fall, wo eine streitige Sache *custodiae causa* sequestrirt wurde, wenn nämlich die Parteien nach bestellter *cautio iudicatum solui* und nach der *Litiscontestatio* übereinkamen, das Streitobject zu deponiren. Wenn da der Besitzer und Beklagte im Prozeß obsiegte,

92. mußte zweifellos der Besitz des Sequester in die Usucapionszeit Jenes mit eingerechnet werden. Es ist aber, selbst wenn es keinen anderen Fall der *sequestratio custodiae causa* gäbe, der Ausdruck „*victori*“ ungenau: sobald nämlich nicht der Beklagte und Besitzer, sondern der Kläger und Nichtbesitzer obliegt, kann diesem, obgleich er *victor* ist, der Besitz des Sequester auf keine Weise zu Gute kommen, da ja während des ganzen Prozesses sein Gegner juristischer Besitzer war und der Sequester bloß im Namen desselben die Sache detinirte. In den vielen anderen Fällen einer *sequestratio custodiae causa*, die wir kennen, kann von einem Sieger im Prozeß unmöglich die Rede sein, da die Sache jetzt noch gar nicht streitig ist. Hier vollendet der gegenwärtige Besitzer seine Usucapion auch während der Sequestration. Daß Julian diese Fälle durch den Ausdruck „*victori*“ habe ausschließen wollen, ist nicht denkbar; vielmehr ist anzunehmen, daß er, um die Verschiedenheit mehr hervorzuheben, der *sequestratio omittendae possessionis causa* im Rechtsstreit gegenüber ein Beispiel der *sequestratio custodiae causa* gewählt habe, wo die Sache ebenfalls im Streit begriffen war und, wenn von Zurechnung des Besitzes die Rede sein sollte, dieß bei dem Sieger geschehen mußte. Dabei zeigt er deutlich genug an, daß nur dort die Sequestration geschehen war, weil die Sache streitig, während sie hier, wenn auch die Sache im Streit begriffen, aus anderen Gründen (s. oben § 77 a. E.) eintrat. Das „*omittendae possessionis causa*“ des Julianus und das „*id enim agitur — ut neutrius possessioni id tempus procedat*“ des Florentinus bezeichnet ein und dasselbe, es wird überall dadurch ausgedrückt, daß die Sequestration geschehen sei, weil die zu deponirende Sache in Streit geraten war.

Zweites Buch.

Das neuere Römische Recht.



Erstes Kapitel.

Das Recht des Codex Theodosianus.

I. Anwendung der Sequestration.

1. Die Sequestration als prozessualisches Cautionsmittel bei der Einleitung des Verfahrens.

§ 93.

Mit dem Untergang des *ordo iudiciorum privatorum* kam 93. auch die Einleitung des prozessualischen Verfahrens durch *in ius uocatio* und *iudicium* ab, obgleich wohl noch Beide als gesetzlich fortbauend angesehen und vielleicht auch hie und da angewendet wurden.¹⁾ Regelmäßig begann man jetzt den Prozeß durch die noch zur Zeit des *ordo iudiciorum privatorum*, angeblich schon von Marc Aurel, eingeführte *litis denunciatio*.²⁾ Wir nehmen an, daß diese sich der weitverbreiteten Sitte der *denunciationes*³⁾ überhaupt angeschlossen habe⁴⁾, dann im weiteren Verlauf mit dem *iudicium* auf gewisse Weise verknüpft worden und endlich an die Stelle desselben getreten sei.⁵⁾ „Der Sache

¹⁾ Keller, Röm. Civilprozeß § 48 S. 198 vgl. namentlich Not. 563.

²⁾ Bethmann-Hollweg, Gerichtsverfassung und Prozeß S. 248.

³⁾ KELLER *Semestria ad M. T. CICERONEM* I p. 355 sqq.

⁴⁾ Keller, Röm. Civilprozeß a. a. O. S. 200.

⁵⁾ Vgl. Zimmern, Röm. Rechtsgeschichte 3. Bd. S. 354. Bethmann-

93. nach scheint in der *litis denunciatio* eine außergerichtliche Ankündigung des Rechtsstreits von Seiten des Klägers an den Beklagten gelegen zu haben, welche unter genauerer Bezeichnung der Streitsache (anstatt *actionis editio*) vor Zeugen zu geschehen, auch nach dem Brauche der *testationes* überhaupt in Schrift verfaßt zu werden pflegte und so eine verbindliche Kraft dahin erhielt, daß der Beklagte auf einen gewissen späteren, gesetzlich oder vertragsmäßig bestimmten Termin ohne Weiteres in iure zu erscheinen und auf die Klage sich einzulassen verpflichtet wurde.¹⁾ Vielleicht stand das Institut der formlosen, lediglich durch Sequestration des Streitobjects gesicherten *Vadimonien* in irgendwelcher Beziehung zu der *litis denunciatio*, doch läßt sich da bei dem Mangel aller Quellen nicht nachkommen. Das Institut wurde erst später durch kaiserliche Constitutionen genau ausgebildet und so kommt es denn, daß im *Codex Theodosianus* sich sehr viele — wenngleich nicht überall zureichende — Nachrichten darüber finden. Bethmann-Hollweg²⁾ hat dasjenige, „was sich in den Quellen mit Bestimmtheit erkennen läßt“, zusammengestellt; wir können daher einfach auf sein Handbuch verweisen und wollen nur bemerken, daß Constantin³⁾ vorgeschrieben hatte, die Denunciation solle immer bei Behörde geschehen.⁴⁾ Ich kann mir dieß nicht anders denken, als daß entweder der Kläger denjenigen, gegen welchen er die *litis denunciatio* vornehmen wollte, vor die Behörde brachte und da den Prozeß feierlich ansagte, oder aber daß er die Denunciation nicht dem persönlich anwesenden Beklagten gegenüber, sondern an den Beamten vornahm und diesen bat, Jenen davon zu benachrichtigen, so daß derselbe am letzten Tag der ge-

Hollweg a. a. D. S. 247. KELLER *Semestria* p. 358 Not. 44. Rudorff zu Puchta, *Institutionen* 2. Bd. § 184 Not. c S. 268. Ueber die bekannte Stelle bei AUREL. VICTOR *De Caesarib.* XVI. 9 vgl. Hartmann, *Contumacialverfahren* S. 148 und 149 Not. 24.

¹⁾ Keller, *Röm. Civilprozeß* § 48 S. 199.

²⁾ A. a. D. S. 248 ff.

³⁾ C. 2 C. Th. de *denunciatione uel editione rescript.* (2. 4).

⁴⁾ Hartmann a. a. D. S. 163. Keller, *Röm. Civilprozeß* S. 199 Not. 567.

gesetzlichen Frist zum Beginn der Verhandlungen vor Gericht erscheinen mußte.¹⁾ Das Erstere konnte vorkommen, wenn der Beklagte freiwillig auf eine *privata denunciatio* mit vor die Behörde sich begab; that er dieß aber nicht, so wäre in *ius uocatio* lediglich zum Zweck der Vornahme der *denunciatio* nötig gewesen, es hätte also die neue Einleitungsform die alte nicht erspart. Deshalb ist gewiß die Constantinische Verordnung so zu verstehen, daß die Gegenwart des Beklagten zur Vornahme der feierlichen *Denunciatio* vor einer Behörde nicht erforderlich war: es wurde denunciirt und durch den Beamten dem Beklagten von dem Act Kunde gegeben. Man erreichte auf diese Weise durch die gerichtliche *denunciatio* denselben Zweck, wie mit der in *ius uocatio* und der Unterschied ist eigentlich nur der, daß man bei Letzterer den Beklagten immer persönlich aufsuchen und vociren mußte, während bei der Ersteren Alles schriftlich abgemacht wurde. Uebrigens ist es wahrscheinlich, daß die *denunciatio* meistens bei dem für die Sache competenten Richter geschah, und da konnte die Benachrichtigung von derselben an den Beklagten leicht in eine Ladung übergehen; es bedurfte dann nur noch einer Nichtbeobachtung der gesetzlichen Fristen, so war das ganze Institut beseitigt und eine neue Einleitungsart des Processes eingeführt.

§ 94.

Wir werden unten (§ 119) Gelegenheit finden, hierauf zurückzukommen und unsere Ansicht besser zu begründen, namentlich aber das Verhältniß der *Litisdenunciatio* zu der gesetzlich noch fortbestehenden in *ius uocatio* und zu dem außergerichtlichen *vadimonium* näher zu betrachten. Für jetzt wäre eine weitere Untersuchung überflüssig, da im Codex Theodosianus nur Fälle der *Sequestration* erwähnt werden, wo dieselbe als eine vom Richter aufgelegte wirkliche Prozeßcaution (an Stelle der *cautio iudicatum solui*) erscheint.

¹⁾ Bethmann-Hollweg a. a. D. S. 250.

94. Es werde hier nur noch erwähnt, daß schon nach dem Recht des Codex Theodosianus eine Reihe von Sachen von der Litisdenunciation, welche wegen der damit verbundenen Fristen die Sache bedeutend verzögerte, ausgenommen waren, so Schuldklagen aus Urkunden, Fideicomisse, alle Interdicte, die querela inofficiosi testamenti, die actio tutelae und negotiorum gestorum, alle Sachen bis zum Betrag von 100 solidi¹⁾, die actio doli²⁾, die Rückforderung des gegen die lex repetundarum Geschenkten³⁾, Klagen der Kirchen⁴⁾, fiscalische Prozesse⁵⁾ und endlich die Freiheitsprozesse der Colonen gegen ihre Herren.⁶⁾

In allen diesen Fällen wurde wohl der Prozeß durch einen dem Richter überreichten schriftlichen Libell und darauf folgende Ladung eingeleitet.⁷⁾ Jedenfalls mußten auch da die schon erwähnten Prozeßcautionen bestellt werden, so daß in dieser Beziehung kein Unterschied zu machen ist zwischen den Sachen, bei welchen die Denunciation erforderlich war, und denjenigen, bei welchen sie fehlen durfte.

§ 95.

Dies war vorherzuschicken, um einige Stellen des Codex Theodosianus näher prüfen zu können, welche von Sequestrationen handeln, die offenbar an die Stelle von Prozeßcautionen treten. Zuerst betrachten wir

¹⁾ C. 6 C. Th. de denunciatione (2. 4). Cf. CC. 3, 5 eod.

²⁾ C. un. C. Th. de dolo (2. 15).

³⁾ C. 6 § 1 C. Th. de iis quae administr. (8. 15).

⁴⁾ C. 7 C. Th. de denunciatio. (2. 4). Vgl. dazu Bethmann-Hollweg a. a. D. S. 252 Not. 33.

⁵⁾ C. 3 C. Th. de offic. Comit. sacrar. largition. (1. 10) und dazu Bethmann-Hollweg a. a. D. Not. 34.

⁶⁾ C. un. C. Th. utrobi (4. 23). Bethmann-Hollweg a. a. D. S. 251 Not. 29 scheint diese Stelle bloß auf das interdictum utrobi zu beziehen. Allein es ist in derselben ausdrücklich gesagt: „— bonae fidei possessori primum oportet et celeri reformatione succurri, tunc causam originis et proprietatis agitari, non expectatis temporibus nec denunciatione solenni — —.“

⁷⁾ Vgl. Bethmann-Hollweg a. a. D. S. 253 und unten § 99.

C. 6 (GOTHOFRED. 2) C. Th.
de liberal. causa (4. 8)

Imp. CONSTANTINUS A. ad
Maximum Pf. U.

Libertati a maioribus tantum
impensum est, ut patribus,
quibus ius uitae in liberos
necisque potestas permissa est,
eripere libertatem non liceret.
§ 1. Si quisquam minor ue-
numdatus actum maior admi-
nistravit, quoniam minoris
emptio scientiam non obligat,
eum ad libertatem uenientem
emptionis actusque a maiore
administrati praescriptio non
tenebit: § 2. nec uero ille,
qui apud quempiam pro seruo
educatur, ac maior effectus
uendenti ueluti domino acquie-
uit actuque administrato iam
paene extremam relegit liber-
tatem (quoniam neque maior
effectus originem suam noue-
rat, neque eam, quam ignora-
uerat, uenditionem patiens de-
seruisse iudicandus est) minori
similis, eadem emptionis atque
actus administrati praescriptio-
ne non alligabitur, sed utrique
dabitur assertio. § 3. Paria
etiam in libertinis erunt, qui
quaestu quodam in eandem

C. 10 C. I. de patr. pot. 95.
(8. 47).¹⁾

Imp. CONSTANTINUS A. ad
Maximum P. U.

Libertati a maioribus tantum
impensum est, ut patribus,
quibus ius uitae in liberos
necisque potestas olim erat
permissa, eripere libertatem
non liceret. Dat. XV Kal. Iun.
Thessalonica, Seuero et Ru-
fino Coss. [323].

¹⁾ Ich setze dasjenige, was in den Cod. Iustinian. übergegangen ist, zur
Vergleichung gleich nebenan.

95. rursus seruitutem relabuntur.

Sed eorum hac exceptione causa distinguenda est, ut, qui impuberes intra annum quartum decimum manumissi ac deinceps in seruitio retenti ignorata libertate non utantur, maioresque uenumdati actum gerant, ab assertione non arceantur: cum illi aetati tributae libertatis ignoratio aut obliuio concessa est. Qui uero memoria firma uenditioni post factae non nescius innectitur, huius legis beneficio carebit.

§ 4. Et quoniam uicissim etiam ipsis, qui his rem commiserunt, medendum est, si quisquam omnium, qui supra comprehensi sunt, in libertatem proclamauerit, id, quod apud se esse eius, qui se dominum dicit, profitebitur, quoniam de eo non dubitatur, reddi ac referri iudex protinus pronunciabit. § 5. Quod uero petitur, si id fuerit negotiatione controuersum, per cautionem assertoris, ut alia lege comprehensum est, conseruabitur, ac petitio differtur, ut, si fuerit approbata propria libertas, gestarum rerum ab eodem ratio atque omne, quod debetur, reposcatur, ut seruitute depulsus, qui pro domino

C. 3 C. I. quibus ad libertatem proclamare (7. 18)

Imp. CONSTANTINUS A. ad Maximum P. U.

Si quis in libertatem proclamauerit, id, quod apud se esse eius, qui se dominum dicit, profitebitur, quoniam de eo non dubitatur, reddi ac referri iudex protinus pronunciabit. Quod uero petitur, si fuerit negatione dubium, per cautionem conseruabitur ac petitio differetur, ut, si fuerit approbata libertas (quoniam et ipsis, qui his rem commiserunt, medendum est) gestarum rerum ab eodem ratio atque omne quod debetur, reposcatur, ut seruitute depulsa, qui pro domino quondam fuerat, ha-

quondam fuerat, habeat, quod ut seruo domini iure largitus est, et quae ex earum rerum quaestu ac fructibus conciliata sunt, et quae de furtiuis compendiis obscure capta ac parta sunt, cum liberum esse non oporteat, quod apud seruum dominus peculii nomine collocauerat. § 6. Ea uero, quae testamento aut donatione quaesita sunt, aut quae ex earum rerum emolumentis emptae confectaeque sunt, eidem ingenuo deputentur. § 7. Quae tamen uniuersa exacto libertatis iudicio, quo a supra dictis rebus discernuntur, in sequestri esse oportet, ut, his ab utroque deductis atque in medio iure locatis, ad eorum proprietatem uterque contendat. Dat. XV Kal. Mart. Thessalonica, Seuerus et Rufinus Coss. [323].

beat, quod ut seruo domini iure largitus est, et quae ex earum rerum quaestu ac fructibus congregata sunt, et quae de furtiuis compendiis obscure capta ac parata sunt, cum liberum esse non oporteat, quod apud seruum dominus peculii nomine collocauerat. Ea uero, quae testamento uel donatione quaesita sunt, aut quae ex earum rerum emolumentis emptae confectaeque sunt, eidem ingenuo deputentur. Quae tamen uniuersa exacto libertatis iudicio, quatenus a supradictis rebus discernuntur, in sequestro esse oportet, ut, his ab utroque deductis atque in medio iure collocatis, ad eorum proprietatem uterque contendat. Dat. XV Kal. Mart. Thessalonica. Seuerus et Rufinus Coss. [323].

Diese Constitution zerfällt in drei Theile. Nach der allgemeinen Bemerkung des Principium über die Begünstigung der Freiheit, erläßt der Kaiser (§§ 1—3) Bestimmungen über einzelne Fälle der proclamatio in libertatem, wenn der die Freiheit Beanspruchende noch als maior Slavendienst geleistet hat d. h. actu Slave geblieben ist. Dann geht er darauf über, Anordnungen zu treffen (§§ 4—7), wie es in solchen Fällen mit dem Vermögen, welches sich bei dem in libertatem Proclamirenden befindet, gehalten werden soll. Dasjenige, was nach dem Geständniß des Letzteren dem bisher als Herrn Geltenden gehört, muß, als nichtstreitig, sofort diesem eingehändigt werden. Rücksichtlich des Uebrigen sind zwei Fälle zu unterscheiden. Entweder hatte der Pro-

95. clamirende ein Peculium oder nicht. War das Letztere der Fall, so befand sich kein Vermögen in seinen Händen und er mußte wegen etwaiger Ansprüche, die er auf den Grund hin, daß er einen Erwerb aus Erbschaft, Schenkung u. gemacht habe, welcher an den Herrn gekommen, warten, bis er für einen Freien erklärt war. Dieß versteht sich eigentlich von selbst, kam auch wohl in der Praxis selten vor; deshalb übergeht der Kaiser diesen Fall, behandelt aber um so ausführlicher die Frage: Wie wird es, wenn der Proclamirende ein Peculium hatte und bisher einem Geschäft des Herrn z. B. als Institor vorgefetzt war? Da muß, wenn auf Freiheit erkannt wird, der Befreite nicht nur Alles, was er vom Herrn erhalten, sondern auch Alles, was er ex re domini erworben hat, diesem zurückgeben, während er seinen Erwerb aus Erbschaft, Schenkung u. und aus eigenem Vermögen behalten darf, bezüglich zurückfordern kann. Behauptet nun der in libertatem Proclamirende, in das Geschäft aus eigenem Erwerb Verwendung gemacht zu haben, so ist gerade dadurch das in dem Geschäft befindliche Vermögen streitig („negotiatione controuersum“).¹⁾ Für die Entscheidung dieser Differenz ist die Statusfrage Präjudicialpunkt: erst wenn die Freiheit anerkannt ist, kann die weitere Frage gestellt werden: Wie steht es mit dem Vermögen, „quod fuerit negotiatione controuersum“? Würde der die Freiheit Beanspruchende zurückgewiesen, so wäre ja an streitige Vermögensstücke gar nicht zu denken. Deshalb soll vor der Hand die Verhandlung über den Geldpunkt, bis nach Entscheidung der Statusfrage, ausgesetzt bleiben, indem dann entweder zu Gunsten des Herrn erkannt ist, welchesfalls eine weitere Erörterung von selbst hinwegfällt, oder aber zu Gunsten der Freiheit, so daß der Sieger selbst sein Recht gegen den bisherigen Beherrscher wahrnehmen kann. Da nun nach dem bekannten Satz des Zwölftafelgesetzes, daß die iudiciae secundum libertatem zu ertheilen, derjenige, qui in libertatem proclamat, während der Dauer des Processes den Besitz der

¹⁾ Das im Cod. Inst. Geänderte: „Quod uero petitur, si fuerit negatione dubium“ giebt wohl einen ähnlichen Sinn, ist aber durchaus nicht so bezeichnend, wie das ursprüngliche Stehende.

Freiheit erhielt und so auch das von ihm betinirte und für sich 95. beanspruchte Vermögen fortbesaß, mußte von dem Assertor dem Herrn eine Cautio bestellt werden, welche auf die Erhaltung jenes Vermögens gerichtet war.¹⁾ Diese Cautio hat insofern etwas Auffallendes, als bei der vindicatio in libertatem der Assertor als Kläger erscheint, und zwar als Kläger im eigenen Namen, während doch nach Gaius²⁾ der vindicirende Kläger keine Cautio zu leisten hat. Wohl ist eine Cautio des Assertor bei der vindicatio in servitutem bekannt. Von dieser heißt es in

C. 5 § 4 C. Th. de liberal. causa (4. 8):

Cum id proprio periculo fecerit assertor, ut rem saluam fore promittit, ita satis accipiat de mulctae redhibitione (CONSTANTINUS).

Sie ging also auf die Conservation der Gegenstände, welche sich in dem Besiz des in die Sklaverei Vindicirten befanden. Eigentlich ersetzte sie nur die cautio iudicatum solui und ich zweifle nicht, daß sie älteren Ursprungs und nicht erst von Constantin eingeführt sei.³⁾ Das geht aus der ganzen Fassung des citirten § 4 hervor, indem die cautio des assertor libertatis als etwas Altbekanntes behandelt und dem von Constantin neu eingeführten Institut der satisfactio de mulctae redhibitione gegenübergestellt wird. Gerade deshalb aber kann ich die Ansicht des Jac. Gothofredus nicht theilen, wonach die Worte unserer C. 6 § 5 cit.

— per cautionem assertoris, ut alia lege comprehensum est auf die C. 5 § 4 zurückverweisen sollen. Die Cautio des Assertor bei der vindicatio in libertatem aber scheint nicht jünger zu sein, als diejenige bei der vindicatio in servitutem. Schon bei

¹⁾ Vgl. den Commentar des IAC. GOTHOFREDUS zu unserer Stelle.

²⁾ III. 96.

³⁾ Nicht hierher gezogen werden können — wie es IAC. GOTHOFREDUS ad C. 1 (HAENEL 5) C. Th. de liberal. causa (4. 8) thut — die Bürgen, welche im Freiheitsprozeß der Virginia bei LIVIUS III. 45. 46 und DIONYS. HALIC. XI. 28—37 erwähnt sind. Vgl. R. A. SCHMIDT (von Almenau) in der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft. Bd. 14 SS. 86—88, 91—93.

95. MARTIALIS Epigr. I. 52¹⁾:

Si de seruitio graui queruntur,
 Assertor uenias satisque praestes,
 Et, cum se dominum uocabit ille,
 Dicas esse meos manumque missos.
 Hoc si terque quaterque clamitaris,
 Impones plagiaro pudorem.

kommt jene vor und es ist wohl schon in früher Zeit die cautio, welche der Assertor eines als Slave in Anspruch Genommenen, bisher im Zustand der Freiheit Befindlichen, anstatt der cautio iudicatum solui leisten mußte, ausgedehnt worden auf den Assertor bei der uindicatio in libertatem. Die Worte „ut alia lege comprehensum est“ gehen vielleicht auf eine neuere, und nicht erhaltene Verordnung über die Bestellung der Cautio des Assertor in dem besonderen Fall, wo auch das Vermögen, welches in den Händen des in libertatem Proclamirenden sich befand, streitig war. Dafür, daß im Allgemeinen kein Unterschied gemacht wurde zwischen der cautio des Assertor bei der uindicatio in libertatem und derjenigen des Assertor bei der uindicatio in seruitutem, spricht auch eine Aeußerung des Thaleläus, welcher der Cautio des Assertor erwähnt, ohne irgendwie zu distinguiren:

Το παλαιὸν τὸν ὑπὲρ τοῦ δούλου δικαιολογούμενον αὐτὸν ὑποκρίσθαι περὶ τούτων ἀσφαλεία· καὶ τοῦτο οὖν ἡ διάταξις ἀναιρεῖ.²⁾

Deshalb nehme ich recht gern mit Jac. Gothofredus an, die Cautio des Assertor eines in libertatem Proclamirenden sei nach Analogie der Cautio des Assertor des in seruitutem Vindicirten darauf gegangen: „res saluas fore, quas qui ad libertatem prouocat, possidet.“ Die Billigkeitsgründe, welche für diese Cautio sprechen, sind einleuchtend und bedarf es deshalb weiter keiner Ausführung. Wurde gegen die Freiheit erkannt, so war

¹⁾ Ausg. von SCHNEIDEWIN. Lips. 1853.

²⁾ Sch. ad Basil. XLVIII. 21, 1 (HEIMB. T. III p. 783). Die am Schluß der Stelle erwähnte Constitution ist: C. 1 C. I. de assertione tollenda (7. 17), durch welche IUSTINIAN die Nothwendigkeit des Assertor beim liberale iudicium entfernte.

mit der Herrschaft des Herrn über die Person des Sclaven auch ^{95.} die Herrschaft des Ersteren über das in den Händen des Letzteren befindliche Vermögen anerkannt und der Affertor mußte eintreten, wenn sich dieses irgendwie vermindert hatte, außer wenn die Verringerung in Folge eines zufälligen Ereignisses eingetreten war. Siegte aber der in libertatem Proclamirende, so folgte über das bei ihm vorhandene Vermögen ein besonderer Prozeß und der Affertor hatte wieder dafür aufzukommen, daß in diesem über das ganze Vermögen gestritten werden konnte, über welches gestritten worden wäre, wenn der die Freiheit Beanspruchende sofort und ohne weitere Verhandlung für frei erkannt worden wäre.

§ 96.

Der innere Zusammenhang der §§ 5 und 6 unserer Constitution ist daher folgender. Zuerst wird gesagt, daß der Streit über Dasjenige, „quod negotiatione controuersum est“, bis zur Beendigung des Freiheitsprocesses verschoben, inzwischen aber von dem Affertor Caution bestellt werden solle. Wird zu Gunsten der Freiheit erkannt, dann soll der Sieger Rechnung stellen über seine Geschäftsführung und darauf kann der „qui pro domino quondam fuerat“ Alles fordern, was ex re sua an Jenen gelangt war. Dem Letzteren aber soll dasjenige zu Gute kommen, was er durch Testament oder Schenkung und mit seinem daraus entstandenen Vermögen erworben hat. Dabei scheint mir die Paragraphenabtheilung hinter collocauerat höchst ungeschickt zu sein. Der Satz „ea uero“ etc. gehört vielmehr noch zu dem Vorhergehenden und die Construction ist folgende:

— petitio differtur, ut — — ab eodem ratio — — reposcatur [ita], ut seruitute depulsus — — habeat, quod — largitus est, et quae — — conciliata sunt, et quae — — capta ac parta sunt — —: ea uero, quae testamento aut donatione quaesita sunt aut quae etc. empti confectaque sunt, eidem ingenuo deputentur.

So erst werden die Worte „eidem ingenuo“ verständlich, denn sie sind hinaufzubeziehen auf das „ab eodem ratio reposcatur“ und dieses wieder auf das „si quisquam omnium, qui supra com-

96. prehensi sunt, in libertatem proclamauerit“ des § 4. Daß der Kaiser ausdrücklich sagt „eidem ingenuo“, hat wohl seinen guten Grund, indem nur bei dem Freigeborenen aller Erwerb, welcher durch Testament u. gemacht ist, dem in libertatem Vincicirenden gehört, während bei dem Libertinen derartiger vor der Manumission gemachter Erwerb dem ehemaligen Herrn verbleibt. Der Kaiser schließt nun seine Verordnung damit ab, daß er noch über das Verfahren in dem Streit über das Vermögen, „quod negotiatione controuersum“, einige Vorschriften giebt. Diese sind es namentlich, welche uns interessieren.

• § 97.

Nach Vollendung des Freiheitsprozesses („exacto libertatis iudicio“) soll das gesammte streitige Vermögen — „quae tamen uni-versa“ ist zurückzubeziehen auf „quod uero petitur, si id negoti-atione fuerit controuersum“ — sequestrirt werden. Schwierig sind dabei die Worte „exacto libertatis iudicio, quo a supra dictis rebus discernuntur.“ Jac. Gothofredus faßt das quo so auf, als ob es für usque quo stünde, auch, meint er, könne man quoad dafür setzen.¹⁾ Mit der letzteren Erklärung stimmt Wend²⁾ überein, der noch als zweites Synonymum donec nennt. Der Sinn also wäre: die Deposition bei dem Sequester soll auf so lange geschehen, bis die Trennung der zu scheidenden Vermögensstücke geschehen ist. Diese Interpretation muß aber verworfen werden, da 1. nicht zu vermuten ist, der Kaiser werde etwas, was sich von selbst versteht und aus dem Vorhergehenden und Folgenden schon hervorgeht, mit besonderem Nachdruck hier anbefohlen haben, und 2. weil dann die Worte „a supra dictis rebus“ ganz unverständlich wären. Welche Sachen sollen mit dieser Hinweisung gemeint sein, da doch eben gesagt ist: „quae uni-versa in sequestri esse oportet“, d. h. Alles, was streitig ist u.?

Auf die rechte Spur werden wir kommen, wenn wir die

¹⁾ Not. ad h. l.

²⁾ Cod. Theodos. libr. V priores. Lips. 1825 ad h. l.

Frage beantworten: Was steht den freitigen Dingen gegen- 97.
über? Nichtfreitig sind diejenigen, von denen der in *libertatem*
Proclamirende anerkannt hat, daß sie dem die Herrschaft Bean-
spruchenden gehören. Diese Sachen sollen, wie wir im § 4 der
Stelle lesen, auf Befehl des *iudex* dem *dominus* alsbald nach dem
Geständniß des Proclamirenden hinausgegeben werden, also noch
bei andauerndem Prozeß über die Freiheit, während rücksichtlich
der freitigen Sachen ein ganz anderes, uns schon bekanntes Ver-
fahren eintritt. Jene nichtfreitigen Sachen sind mit dem *supra*
dictae res gemeint und der ganze Satz erhält den Sinn: Sämmt-
liche freitige Sachen sollen nach Vollendung des Freiheits-
prozesses, in welchem sie von den obenerwähnten nichtfreitigen
Sachen getrennt werden, in Sequestration kommen. So steht
quo in seiner einfachen Bedeutung und die ganze Stelle ist, ohne
daß man zu künsteln brauchte, durchaus verständlich. Auch die
Aenderung der Verfasser des Cod. Justin. („*quatenus — discer-*
nuntur“) stellt sich hiermit — obwohl sie einen besseren Sinn giebt
als das Gothofredische *quoad* — als unrichtig und sinnver-
derbend heraus.

§ 98.

Die Sequestration soll geschehen „*ut, his (sc. rebus) ab*
utroque deductis atque in medio iure locatis, ad eorum proprie-
tatem uterque contendat.“ Rüksichtlich der streitigen Gegenstände
findet also ein förmlicher Eigenthumsprozeß statt. Wie wir wissen,
behielt während des *liberale iudicium* der die Freiheit Beanspru-
chende diejenigen freitigen Gegenstände inne, welche er als die
seinigen in Anspruch nahm. Einen anderen Theil der Streit-
gegenstände besaß der, welcher bisher *domini loco* war, nämlich
diejenigen, welche ihm aus dem Erwerb des *Sclopen* durch
Testament *ic.* zugekommen waren. Wenn nun der Procla-
mirende für frei erklärt ward, so mußte er auch für die Ver-
gangenheit, wenigstens für die Dauer des *liberale iudicium*, als
juristischer Besitzer der bei ihm befindlichen Gegenstände angesehen
werden, denn es ist anerkannt, daß er rechtsfähig war, und daß
er den *animus possidendi* hatte, geht daraus hervor, daß er jene

98. Sachen für sich beanspruchte. In dem nun anhängig zu machenden Eigenthumsprozeß wird daher rücksichtlich des einen Theils der Streitobjecte der eben in libertatem vindicirte die Beklagtenrolle, derjenige, welcher ehemals pro domino galt, die Stelle des Klägers einnehmen, rücksichtlich des anderen Theils wird umgekehrt der Letztere als Beklagter, der Erstere als Kläger erscheinen. Eigentlich würden nun so viele Vindicationsprozesse entstehen, als es streitige Gegenstände sind, und in jedem solchen Prozeß müßte entweder der in libertatem vindicirte, oder derjenige, welcher domini loco war, je nachdem der Eine oder der Andere Beklagter ist, die cautio iudicatum solui leisten. Dieß hätte zur Folge eine höchst unnütze Verweiltäufigung und getrennte Behandlung offenbar connerer Sachen. Deshalb ordnet der Kaiser zur Vereinfachung an, daß Alles, was der in libertatem vindicirte von seinem ehemaligen Herrscher, und ebenso was Dieser von Jenem fordert, sequestrirt werde und dann ein Verfahren beginne, in welchem Jeder seine Eigenthumsansprüche verfechte. Dieß war mit dem zu Constantin's Zeiten gebräuchlichen, fast formlosen Prozeßgang recht gut vereinbar, und es stellt sich die ganze Prozedur dar als eine Verhandlung über eine Reihe objectiv cumulirter Klagen und Widerklagen. Die Sequestration selbst ist entschieden an die Stelle der eigentlich von beiden Seiten zu leistenden cautiones iudicatum solui getreten und von dem Kaiser deshalb angeordnet, weil sie sich als das einfachste Mittel empfahl, um die beiden Parteien gegenseitig sicherzustellen.

§ 99.

Fast ein ganzes Jahrhundert später erließ der Kaiser Honorius¹⁾ eine Constitution, aus welcher sich wichtige Schlüsse für die Bedeutung, welche die Sequestration in der Zwischenzeit erlangt zu haben scheint, ziehen lassen. Es ist dieß die nicht in den Cod. Iustin. übergegangene

¹⁾ Von Honorius rührt sie her, da sie aus Ravenna datirt ist.

C. 1 C. Th. si certum petatur de chirographis (2. 27)¹⁾: 99. Imppp. HONORIUS, THEODOSIUS et CONSTANTINUS AAA. Palladio Pf. P. Super chirographis mortuorum hanc seruari uolumus perpetua obseruatione sententiam, ut, qui inter absentes intra hoc iuge quinquennium, inter praesentes uero biennium iudiciis competentibus non publicauerit cautiones, nec conuenerit debitoris heredes, actione priuetur. § 1. Hic tamen si intra tempora constituta processerit, absque ullo sequestrationis obiectu prius manum defuncti probare iubeatur — hoc enim toto iure cantatum est, ut scripturam prolator affirmet; quam tamen adstrui non sola manus collatione conueniet (quid enim aliud falsarius agit, quam ut similitudinem ueritatis imitetur?) sed aliis multiplicibus documentis, ut probet, magnae securitatis fuisse, quod siluit: nam si publicam iudiciorum aditionem amicitiarum forsitan impediuit affectio, priuatam saltem conuentionem testis audiuit, libertus aut seruus agnouit, admonere etiam potuit sub mortis uicinitate languentem; [§ 2.] quodsi se forsitan causetur absentem, maioribus adstrui potest conuentio longinqua documentis, promissaeque solutionis epistulare rescriptum; ac ne id ipsum, qui cautionem fingit, imitetur, producat in medium portitores, qui alternae partis scripta confirmet, a quibus tamen uerum uel sacramento dignitas uel suppliciiis terror exploret — quamuis ad illuminandam hereditarii debiti fidem et causas oporteat foenoris approbari, et pecuniae baiulos hinc inde produci. His ac talibus si destituetur taciturnitas longinqua documentis, in euidenti est, ueteratorum calumnias non solum repetitione priuandas, uerum etiam seueritate cohibendas. § 3. Sed si uiuentis ante hanc legem facta cautio proferatur, quam suam neget ille, qui petitur, sequestret pecuniam litigaturus ex falso. Cauendum est enim, ne inficiandi fomitem ministremus obnoxiiis. Quod tamen tunc conueniet custodiri, si inter praesentes

¹⁾ Ich habe mir erlaubt, die Interpunction meiner Auffassung der Constitution gemäß zu ändern und diejenige Paragraphe theilung, welche ich für überflüssig und fehlerhaft halte, in Klammern einzuschließen.

99. utrosque uiuentes necdum uiginti anni, inter absentes necdum triginta doceantur emensi. Alioqui, si chirographi fides sub silentio iudiciariae conuentionis statutum tempus excesserit, probari prius debitum conueniet, tunc reposci, sequestrationis necessitate summoti; § 4. sin uero suam quidem manum fateatur obnoxius, sed nihil sibi numeratum pro hac obligatione causetur, tunc chirographi discuti oportebit aetatem, ut, si iure delata contestationibus tempora debitor taciturnus exegit, cauillationis istius perdat obstaculum. § 5. De cetero uero sancimus, ut omnes deinceps cautiones intra duodecennium uim contestationis accipiant, quam debitor facta nouatione promittat. § 6. Sed si mediis temporibus peregrinetur obnoxius, quo nouationi longior obsit absentia, uolumus, creditorem ante duodecennium praestitutum aditis iudiciis edictum mereri auctoritatemque postibus debitoris affigere, domesticas etiam conuenire personas: nullus enim per tanta contestationum poterit documenta mentiri. Quod ideo ante duodecennium iubemus agitari, ut per interualla temporis longioris inclamatus aduertat, confutari debere, si fides non agnoscitur petitorum, nec obesse iam post adscripta tempora creditori, si post has contestationum uoces longa debitoris absentia uel redhibitio proleletur, uel nouatio iusta ludatur. Et quamuis nescire promulgata non liceat, per omnem hunc annum pendere iubemus edictum. Dat. V Kal. Aug. Rauenna, Eustathio et Agricola Coss. [421].

Der Inhalt des Edicts ist folgender:

I. Schuldverschreibungen Verstorbener sollen inter absentes (d. h. wenn der Gläubiger und die Erben des Verstorbenen in verschiedenen Provinzen sich befinden) innerhalb fünf, inter praesentes (wenn jene Personen in derselben Provinz sich aufhalten) innerhalb zwei Jahren bei dem competenten Gericht promulgirt (d. h. mit einer protokolларisch zu fixirenden Erklärung vorgezeigt), außerdem aber die Erben des Schuldners von dem Gläubiger belangt werden. Wird davon etwas unterlassen, so soll der Gläubiger seiner Klage verlustig gehen.

Erinnern wir uns, daß bei Schuldklagen aus Urkunden die

Litissdenunciation wegen der damit verbundenen verschleienden⁹⁰. Fristen nicht angewendet wurde (s. o. § 94 a. G.), so kommen wir leicht auf die Vermutung, daß mit den Worten „iudiciis competentibus non publicauerit cautiones nec conuenerit debitoris heredes“ die Einleitung des prozessualischen Verfahrens in derartigen Streitigkeiten überhaupt geschildert sei: es wurde dabei ohne förmliche Denunciation unter sofortiger Production der Urkunden die Klage angebracht, worauf in einem ohne Beobachtung der gesetzlichen Fristen anberaumten Termin die cognitio ihren Anfang nahm.¹⁾ Ueber diese cognitio selbst nun giebt uns der § 1 unserer Constitution einigen Aufschluß. Der Kläger soll vor Allem beweisen, daß die Urkunde von der Hand des Verstorbenen herrühre. Dieß setzt voraus, daß dem Beklagten die Urkunde producirt und von demselben nicht anerkannt worden sei. Daraus ist zu entnehmen, daß wohl sofort im ersten Termin die Production der Urkunde und Vorlage an den Beklagten erfolgte, worauf, wenn der Letztere sie nicht anerkannte, der Kläger zu dem Rechtsbeweis²⁾ zugelassen wurde. Zu diesem genügte aber nicht die bloße Handschriftenvergleihung, sondern es mußte diese durch adminiculirende Beweisgründe unterstützt, so z. B. dargethan werden, daß der Verstorbene zwar aus irgend einem Grund nicht gerichtlich belangt, wohl aber privatim gemahnt worden sei. Dieser Nachweis kann durch Zeugen u. beigebracht, und wenn die Mahnung unter Abwesenden brieflich geschehen, durch Vorlage des auf dieselbe erfolgten schriftlichen Zahlungsversprechens wahrscheinlich gemacht werden. Da aber auch das Letztere nachgemacht sein könnte, sind in diesem Fall noch die Briefträger zeugenschaftlich zu vernehmen.³⁾

Doch auch der Beweis der Aechtheit der Schuldburkunde genügt noch nicht, um das Vorhandensein des erbshastlichen debitum zu constatiren: es muß noch die materielle causa de-

¹⁾ Vgl. C. 6 i. f. C. Th. de denunciat. (2. 4).

²⁾ Vgl. Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 268.

³⁾ Vgl. die späteren Justinianischen Bestimmungen in C. 20 I. C. de fide instrumentor. (4. 21). Nou. 49 c. 2. Nou. 73 c. 7.

99. hendi¹⁾ und die erfolgte numeratio pecuniae nachgewiesen werden (natürlich bloß wenn sie geläugnet ist).²⁾ Ueberall aber, wo auf diese Weise ein debitum ex chirographo mortui innerhalb der geschlichen Zeit eingeklagt wird, soll der Beklagte vor vollendetem Aechtheitsbeweis der Urkunde nicht gehalten sein, das Streitobject resp. die Streitsumme zu sequestriren. Ob eine solche Sequestration nach vollendetem Aechtheitsbeweis, wenn es sich nur noch um den Beweis der causa debendi und der numeratio handelte, geschehen mußte, mag dahingestellt bleiben; mir aber scheint es, als ob der Kaiser, welcher offenbar Dreierlei von dem Kläger verlangt: 1. den Aechtheitsbeweis der Urkunde, 2. Nachweis der causa, 3. Nachweis der numeratio, durch die Worte „hic tamen si intra tempora constituta processerit, absque ullo sequestrationis obiectu prius manum defuncti probare iubeatur“ gerade sagen wolle: „Erst soll der Aechtheitsbeweis geführt werden, so lange mag die Sequestration ausgesetzt bleiben, nachgeführtem Aechtheitsbeweis aber muß sie erfolgen.“ Hätte der Kaiser die Sequestration überhaupt ausschließen wollen, so würde er sich gewiß anders ausgedrückt und ähnlich wie weiter unten in § 3 i. f. gesagt haben: „Hic tamen absque ullo sequestrationis obiectu prius debitum probare iubeatur.“ Durch meine Annahme erhalten die übrigen Ausführungen einen besonderen Sinn, indem nach einigen Erörterungen über den Aechtheitsbeweis („quam tamen adstrui . . . uel sacramento dignitas uel suppliciiis terror exploret“) fortgefahren wird: „quamuis ad illuminandam hereditarii debiti fidem et causas oporteat foeneris approbari“ etc., was, mit den Worten „Hic tamen probare iubeatur“ zusammengezogen, gewiß nichts Anderes sagen soll, als: „Der Aechtheitsbeweis muß vor der Sequestration geführt werden, obwohl damit

¹⁾ Vgl. Bethmann-Hollweg, Versuche über einzelne Theile der Theorie des Civilprozesses. Berlin 1827. S. 289 und 290.

²⁾ Ein deutlicher Beweis, wie die Idee einer mit dem chirographum verknüpften literarum obligatio dem Kaiser Honorius sehr ferne lag. Dieß gegen D. Bähr, Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund. Cassel 1855. S. 128 ff., namentlich S. 135, 136.

der Prozeß noch lange nicht zu Ende ist, indem darin auch noch ^{99.} die *causa* und die *numeratio* zu beweisen sind.“ Wollte man die Worte „*quamvis ad illuminandam*“ etc. nur auf den letzten Satz: „*ac ne id ipsum . . . terror exploret*“ beziehen, so wären sie als zufälliger, ziemlich unnützer Anhang zu betrachten, während sie nach meiner Auffassung als notwendig sich darstellen und der Constitution erst einen rechten Zusammenhang geben.

Wir scheint es, als ob zu *Honorius* Zeiten *Sequestrationen* des Streitobjects bezüglich der Streitsumme bei Klagen aus Schuldverschreibungen gewöhnlich gewesen seien und als ob nun der Kaiser ausdrücklich gerade für den Fall einer Klage *ex chirographo mortui* die schon beschriebene Ausnahme machen wolle. Wären nicht solche *Sequestrationen* allgemein angewendet worden, so hätte das ausdrückliche Verbot derselben für einen einzelnen Fall keinen Sinn. Die Worte „*absque ullo sequestrationis obiectu*“ zeigen, daß der Kläger eine förmliche dilatorische Einrede wegen nicht erfolgter *Sequestration* vorschützen konnte (ähnlich unserer dilatorischen Einrede wegen mangelnden Vorstands der Prozeßkosten oder wegen nicht bestellter *cautio de reconuentione*). Damit stimmen auch die Worte der *C. un. C. Th. de pecuniae sequestratione prohibita* (2. 28): „*sequestrationis necessitas conquiescat*.“ Doch darauf werden wir unten zurückkommen. Schreiten wir weiter in Betrachtung unserer *C. 1 si certum petatur de chirogr.* (2. 27).

§ 100.

II. Wenn ein Lebender aus seiner eigenen Schuldverschreibung belangt wird, so soll unterschieden werden zwischen den Schuldverschreibungen, welche vor Erlass des gegenwärtigen Gesetzes ausgestellt wurden, und denen, welche in die Zukunft fallen.

1. Wenn die Schuldverschreibung vor dem gegenwärtigen Gesetz ausgestellt ist und

a. der Schuldner die Richtigkeit läugnet, soll

α. wenn *inter praesentes* noch nicht zwanzig, *inter absentes* noch nicht dreißig Jahre verflossen, von dem Beklagten die Streit-

100. summe sequestrirt werden, da er indirect die Behauptung der Fälschung der Urkunde ausgesprochen hat. Es ist kein Zweifel, daß dem die Aechtheit einer Urkunde läugnenden Aussteller gegenüber dem Producenten der Aechtheitsbeweis oblag.¹⁾ Es können daher die Worte „litigaturus ex falso“ nicht etwa so gedeutet werden, als ob der Product, welcher die Aechtheit der Urkunde in Abrede stellt, den Beweis der Fälschung habe führen müssen. Vielmehr sind diese Worte lediglich auf das Läugnen und die im Läugnen liegende Behauptung der Fälschung zu beziehen. Da diese immer etwas nicht gerade Wahrscheinliches enthält — indem sie der Präsuntion „quilibet praesumitur bonus“ entgegensteht —, erstirt gegen die Fälschung der Urkunde eine gewisse Vermutung, welche — obwohl sie nicht stark genug ist, um die Beweislast zu ändern — doch dazu führt, daß dem Beklagten die Sequestration des Streitobjects aufgegeben wird.²⁾

Wenn aber

β. die oben angegebene Zeit vergangen ist, ohne daß die Sache gerichtlich anhängig gemacht worden, soll der Kläger seine Forderung beweisen³⁾ und dann Zahlung verlangen; eine Sequestration nicht stattfinden. Der Beweis der Forderung enthält offenbar die zwei Momente: Aechtheitsbeweis der Urkunde und Nachweis der causa, während der Beweis der numeratio, da die exceptio non numeratae pecuniae nicht mehr zulässig, hinwegfällt. Mit Berücksichtigung der so langen verflossenen Zeit ist die Sequestration überhaupt ausgeschlossen, während sie oben doch nur während des Aechtheitsbeweises erlassen war.

¹⁾ Vgl. VALENTINIAN C. 2. C. Th. de testament. (4. 4) und die damit übereinstimmende C. 24 C. I. ad L. Cornel. de fals. (9. 22). S. auch Nou. 18 c. 8: „Εἰ γὰρ προέφαιτο τινὸς συγγαμῆς, ὃ δὲ αὐτὴν ἐξαγορεύει καὶ τὰν γράμματα ἔχουσαν αὐτοῦ, ὡς ἀναγκασθῆναι τὸν διώκοντα πρᾶγματα ὑπομεῖναι περὶ τὴν σύστασιν αὐτῆς —.“

²⁾ Uebrigens wird nach geführtem Aechtheitsbeweis der Gegenbeweis sich immer vorzugsweise auf Fälschung der Urkunde richten. C. 24 C. I. cit. und CC. 3. 21 C. I. de fide instrum. (4. 21).

³⁾ Bemerkenswerth deshalb, weil daraus ersichtlich, daß vor der Verordnung des THEODOSIUS II. vom Jahr 424 für Klagen aus dergleichen Forderungen noch keine Verjährung bestand.

b. Wenn der Schuldner nicht die Richtigkeit läugnet, wohl 100. aber die *exceptio non numeratae pecuniae* vorschützt, ist entweder

α. die Zeit, in welcher die *exceptio non numeratae pecuniae* zulässig, also nach dem damals geltenden Recht fünf Jahre¹⁾, noch nicht verfloßen: dann wird die *exceptio* zulässig sein und der Kläger die *numeratio* zu beweisen haben; oder

β. jene Zeit ist schon verfloßen, dann ist die *exceptio* nicht anwendbar und dem Schuldner bleibt als einziger Weg der Vertheidigung das Abläugnen der *causa*.

In beiden Fällen ist — obwohl die Constitution darüber nichts Besonderes bestimmt — anzunehmen, daß Sequestration der Streitsumme stattfindet, denn die Präsumtion streitet gegen den, welcher seine Handschrift anerkennt und nur die Zahlung verneint, doch wohl eben so stark, wie gegen den, welcher die ganze Schuldverschreibung abläugnet: gegen ihn greift der Grund Platz: „*Ca- uendum est . . . ne inficiandi fomitem ministremus obnoxiiis.*“

2. Im Uebrigen wird verordnet, daß von nun an jede Schuldburkunde nach Ablauf von zwölf Jahren novirt, d. h. in eine neue Urkunde umgeschrieben, und uim *contestationis* empfangen, d. h. durch eine vor Zeugen geschehene Erklärung²⁾ anerkannt werden solle.³⁾ An eine eigentliche Novation des Debitum durch Stipulation und die Aufnahme einer cautio über diesen Act zu denken, gestatten die Worte: „*quam debitor facta nouatione promittat*“ nicht: das „*quam . . . promittat*“ ist auf uim *contesta-*

¹⁾ C. un. C. Hermogen. de cauta et non numerata pecunia [I], wo der Westgothische Interpret unsere C. 1 C. Th. si certum petatur de chirogr. (2. 27) anzieht. Vgl. C. 14 C. I. de non numerata pecunia (4. 30). Tit. I. de literar. obligatt. (2. 21). § 2 I. de exceptionib. (4. 13).

²⁾ DIRKSEN Manuale u. contestatio § 1.

³⁾ Vgl. IACOB. GOTHOFREDUS ad h. l. Der Westgothische Interpret sagt: „Nam de reliquo inter uiuorum personas haec obseruanda decernimus, ut omnes cautiones debitorum intra XII annos debeant contestari: ita ut a debitoribus renouentur. Vgl. auch C. 6 C. Th. de testam. (4. 4), wo HONORIUS in ähnlicher Weise verordnet, daß jedes Testament nach Ablauf von zehn Jahren erneuert werden müsse. — „praesertim cum, si uoluntas continuata persisterit, breuis mora sit, recentibus uelustatem innouare temporibus“ — oder, falls dieß nicht geschehe, seine Kraft verliere.

100. tionis zu beziehen und bezeichnet das einfache Versprechen, die neue Urkunde anerkennen zu wollen.

Besondere Bestimmungen werden getroffen für den Fall, daß der Schuldner sich auf längere Zeit entfernt, um der Erneuerung und Anerkennung der Schuldburkunde aus dem Weg zu gehen. Da soll der Gläubiger vom Richter noch vor Ablauf der zwölf Jahre ein Edict erwirken (jedensfalls eine Citation des Abwesenden), dasselbe an die Thüre des Schuldners affigiren¹⁾ und außerdem noch die Leute des Abwesenden angehen. Dadurch erreicht der Gläubiger entweder, daß der Schuldner erscheint und die Erneuerung der Schuldburkunde vornimmt, oder aber, wenn derselbe nicht erscheint, daß der Ablauf der zwölf Jahre ohne Erneuerung des Instruments ihm nicht schadet. Wir können hieraus entnehmen, daß, sobald inter praesentes die nouatio innerhalb der zwölf Jahre unterlassen wird, dieß dem Gläubiger Nachtheil bringt. Welcher Nachtheil dieß sei, wird in der Verordnung nicht gesagt: entweder verliert der Creditor seine Klage, indem derselben, wie Jac. Gothofredus annimmt, nun eine praescriptio temporis entgegensteht, oder es wird bloß die Beweisraft seiner Urkunde geschwächt und er kann die Forderung noch einklagen, wenn er sie nur durch andere Beweismittel darzuthun oder vielmehr zu unterstützen vermag. Für den Verlust der Klage spricht die Analogie der Bestimmung im Pr. unserer Constitution. Betrachten wir aber den Zusammenhang der Verordnung, so sehen wir, daß die Vorschriften rücksichtlich der Schuldverschreibungen Lebender überall für den Gläubiger viel günstiger sind als diejenigen rücksichtlich der Schuldverschreibungen Verstorbener. Was die Letzteren anbetrifft, so ist eine gewisse Strenge ganz am Platze, einerseits wegen der größeren Gefahr der Fälschung, andererseits deshalb, weil dem Erben des Schuldners weniger Verteidigungsmittel zu Gebote stehen als dem Schuldner selbst. Nun wäre aber, wenn man annimmt, der Kaiser wolle eine zwölfjährige Klagenverjährung einführen, der Fall denkbar, daß die Stellung des Gläubigers dem noch lebenden Schuldner gegenüber eine viel

¹⁾ Ueber dergleichen Edicte vgl. CUIACIUS Observat. VII. 15.

schlimmere würde, als im Fall des Todes des Schuldners. Da 100. nämlich die Bestimmungen über die Schuldverschreibungen Verstorbener auch für die nach Erlass des Gesetzes erst ausgestellten Urkunden gelten, konnte es einmal kommen, daß der Schuldner im elften Jahr verstarb, dann hätte der Gläubiger immer noch zwei, resp. fünf Jahre, also im Ganzen dreizehn, resp. sechzehn Jahre gehabt, innerhalb deren er seine Klage, obgleich keine *novatio* geschehen, anzustellen befugt war, während, sobald der Schuldner am Leben blieb, immer schon nach zwölf Jahren die Klage verloren ging. Dieß wäre widersinnig und kann von dem Kaiser nicht beabsichtigt sein. Hätte er wirklich eine zwölfjährige Klagenverjährung gewollt, so würde er das wohl deutlich ausgesprochen und es nicht dem Leser überlassen haben, seinen Willen zu vermuten. Auch kann ich mir nicht denken, daß *Honorius* die nach seinem Gesetz ausgestellten Urkunden so ganz unter anderes Recht stellen, so ganz anders behandelt wissen wolle, als die vorher verabsfaßten, besonders da er rücksichtlich der Ersteren gerade so gut wie rücksichtlich der Letzteren sorgen muß: „*ne inficiandi somitem ministret obnoxiiis.*“ Aus diesen Gründen halte ich die Ansicht von einer durch den Kaiser eingeführten zwölfjährigen Klagenverjährung für unbegründet und sehe mich genötigt, nach einem anderen Sinn zu suchen, welcher den Bestimmungen des Edicts unterzulegen sein möchte.

Die Vorschriften, welche mit „*De cetero uero sancimus, ut omnes deinceps cautiones*“ etc. beginnen, beziehen sich allerdings nur auf Urkunden, die in Zukunft („*omnes deinceps cautiones*“) verabsfaßt werden. Aber diese Bestimmungen geben lediglich Regeln über die Zeit, innerhalb deren eine Urkunde jene oben geschilderte Vermutung der Richtigkeit für sich haben und deshalb die Sequestration der Streitsumme nach sich ziehen soll. Für Urkunden, welche vor dem Gesetz ausgestellt sind, streitet die Präsumtion zwanzig resp. dreißig Jahre, die erwähnte eigenthümliche prozessualische Maasregel veranlassend; nach dieser Zeit verlieren sie ihre Beweisraft und der Gläubiger muß auf anderem Wege die Existenz seiner Forderung darthun. Von jetzt an aber sollen alle Urkunden noch vor Ablauf des zwölften Jahres *novirt* werden, d. h. an die Stelle

100. der zwanzig- resp. dreißigjährigen Frist ist eine zwölfjährige gesetzt worden: innerhalb der ersten zwölf Jahre hat die Urkunde jene Vermutung der Richtigkeit für sich und wenn der Beklagte die Letztere läugnet, so tritt wie oben die prozeßualische Vorschrift ein: „sequestret pecuniam litigaturus ex falso.“ Nach Ablauf der zwölf Jahre aber wird ebenso wie oben die Regel angewendet, daß der Gläubiger dem läugnenden Aussteller gegenüber seine Forderung beweisen müsse, „sequestrationis necessitate summota.“ Doch ist dem Creditor ein Mittel, seiner Urkunde noch länger ihre ursprüngliche Kraft zu sichern, dadurch gegeben, daß er vor Ablauf des zwölften Jahrs die *nouatio* und *contestatio* vornimmt, wodurch gleichsam die beweisende Kraft der Urkunde perpetuiert wird, abgesehen davon, daß es nun auch viel leichter wird, den Richtigkeitsbeweis zu führen. Daß es nicht notwendig war, bei diesen Vorschriften die Regeln über die *exceptio non numeratae pecuniae* zu wiederholen, versteht sich von selbst, da nach wie vor in dieser Beziehung dasselbe Recht galt. Aber auch keine verschiedenen Zeiträume für *absentes* und *praesentes* brauchten aufgestellt zu werden, da der Gläubiger auch in Abwesenheit des Debitor die Wirkungen der *Contestatio* und *Novatio* der Urkunde sichern und so für die Zukunft sich festsetzen konnte.

Das Resultat unserer Untersuchung ist, daß auch noch nach dem Recht unserer Constitution bei Klagen aus Schuldverschreibungen eine Sequestration des Streitobjects bezüglich der streitigen Summe gar nicht selten eintrat. Und doch schließt die Verordnung mit offenbar reformatorischem Bestreben für mehrere Fälle diese Sequestration ausdrücklich aus. Dieß ist ein Zeichen, daß vor Erlass unseres Edicts jene Sequestration noch häufiger war und wohl in allen Fällen stattfand, wo unter sofortiger Production einer Schuldurkunde die Klage erhoben wurde.

§ 101.

Ein Zeugniß für die häufige Anwendung von diesen und ähnlichen Sequestrationen zur Zeit des Kaiser Honorius giebt auch die ein Jahr später erlassene

C. un. C. Th. de pecuniae
sequestratione prohibita (2. 28):

Impp. HONORIUS et THEODOSIUS
AA. Ioanni Pf. P. *Post alia:*
Quoties ex quolibet contractu
pecunia postulatur, sequestra-
tionis necessitas conquiescat:
oportet enim debitorem primo
conuinci et sic solutioni suc-
cumbere. Quam rem cum iuris
ratio, tum ipsa aequitas per-
suadet, ut probationes secum
afferat debitoremque conuincat
pecuniam petiturus etc. Dat. V
Id. Iul. Rauenna, Hono-
rio XIII et Theodosio X
AA. Coss. [422].

Dieser prohibirenden Bestimmung hätte es gewiß nicht be-
durst, wenn nicht die Anwendung der Sequestration bis zum
Mißbrauch häufig geworden wäre. Zunächst ist zu bemerken, daß
unsere Verordnung nur ein Theil einer größeren Constitution des
Kaiser Honorius ist, welche darauf geht, der zu großen Strenge,
dem rücksichtslosen Andringen und der Unbilligkeit der Gläubiger
Einhalt zu thun. Andere in den Cod. Theodos. aufgenommene
Stücke dieser größeren Constitution sind:

C. un. de actionib. ad potentes translatis (2. 13)¹⁾:

Impp. HONOR. et THEODOS. AA. Ioanni Pf. P. *Post alia:*
Si cuiuscunque modi cautiones ad potentum fuerint delatae
personas, debiti creditores iactura mulctentur. Aperta enim
credentium uidetur esse uoracitas, qui alios actionum suarum
redimunt exactores etc. Dat. V Id. Iul. Rauenna, DD. NN.
Honorio XIII et Theodosio X AA. Coss. [422].

C. 2 de pignoribus (2. 30)²⁾:

Impp. HONORIUS et THEODOS. AA. Ioanni Pf. P. *Post alia:*

C. un. C. I. de prohibita 100.
sequestratione pec. (4. 4):

Impp. HONORIUS et THEODOSIUS
AA. Ioanni Pf. P. Quoties
ex quolibet contractu pecunia
postulatur, sequestrationis ne-
cessitas conquiescat. Oportet
enim debitorem primo conuinci
et sic ad solutionem pulsari.
Quam rem non tantum iuris
ratio, sed et ipsa aequitas per-
suadet, ut probationes secum
afferat debitoremque conuincat
pecuniam petiturus. Dat. VI (?)
Id. Iul. Rauenna, Hono-
rio XIII et Theodosio X
AA. Coss. [422].

¹⁾ Vgl. C. 2 C. I. ne liceat potentiorib. (2. 14).

²⁾ Vgl. zum Theil C. 17 C. I. de agricol. (11. 47).

100. Nexum non faciat praediorum, nisi persona, quae iure potuit obligari. Per seruum autem uel procuratorem, colonum uel actorem seu conductorem praeiudicium possessioni inuito uel inscio domino imponi non posse et iuris et legum auctoritatibus decantatur *etc.* Dat. V Id. Iul. Rauenna, Honorio XIII et Theodosio X AA. Coss. [422].

C. un. C. Th. quod iussu (2. 31)¹⁾:

Impp. HONORIUS et THEODOS. AA. Ioanni Pf. P. *Post alia:* Dominos ita constringi manifestum est actione praetoria, quae appellatur QVOD IVSSV, si certam numerari praeceperint seruo actoriue pecuniam. Igitur in perpetuum edictali lege sancimus, ut, qui seruo, colono, conductori, procuratori actoriue possessionis pecuniam commodat, sciat, dominos possessionum cultoresue terrarum obligari non posse. Neque familiares epistulas, quibus homines plerumque commendantur absentium, in id trahere conuenit, ut pecuniam quoque, quam non rogatus fuerat impendisse se pro praediis mentiatur: cum, nisi specialiter, ut pecuniam commodet, a domino fuerit postulatus, idem dominus teneri non possit; creditaque quantitate multari uolumus creditores, si huiusmodi personis non iubente domino, nec fideiussoribus specialiter acceptis fuerit commodata pecunia. Dat. V Id. Iul. Rauenna, Honorio XIII et Theodosio X AA. Coss. [422].

C. un. C. Th. de peculio (2. 32)²⁾:

Impp. HONORIUS et THEODOS. AA. Ioanni Pf. P. *Post alia:* Hoc quoque creditoribus non negamus, ut, si liber a rationibus fuerit, quas regebat, inuentus actor, seruus procuratorue praediorum, utilis actio pateat de peculio *etc.* Dat. V Id. Iul. Rauenna, Honorio XIII et Theodosio X AA. Coss. [422].

C. ult. C. Th. de exsecutoribus (8. 8)³⁾:

Impp. HONORIUS et THEODOS. AA. Ioanni Pf. P. *Post alia:* Nullam possessionem alterius pro alienis debitis, publicis siue

¹⁾ Bgl. C. 13 C. I. quod cum eo, qui (4. 26).

²⁾ Bgl. die in der vorigen Note citirte C. des Cod. Iustin.

³⁾ Bgl. C. 4 C. I. de exsecutoribus (12. 61).

privatis, praecipimus conveniri etc. Dat. V Id. Iul. Ravenna, 101.
Honorio XIII et Theodosio X AA. Coss. [422].

Überall zeigt sich das Streben, den Schuldner gegen die voracitas creditorum — wie sich der Kaiser selbst ausdrückt — zu schützen. Besonders aber wird in unserer C. un. de pecuniae sequestratione prohibita (2. 28) dem Andringen der klagenden Contractsgläubiger auf sofortige Sequestration des Streitobjects Einhalt gethan und angeordnet, daß ohne solche Sequestration der Proceß durchgeführt werden und Zahlung erst erfolgen solle, wenn der Gläubiger seinen Beweis erbracht und dadurch ein für sich günstiges Erkenntniß erwirkt habe. Zwei Fragen nun sind es, durch deren Beantwortung das Verständniß der Constitution bedingt wird: 1. Will der Kaiser bloß bei Klagen aus Geldforderungen die Sequestration der geschuldeten Streitsumme ausschließen, oder soll auch, wenn das Streitobject ein anderes ist, die Sequestration desselben bei Contractsklagen entfernt werden? 2) In welchem Verhältniß steht unsere Constitution zu der oben erklärten C. un. C. Th. si certum petatur de chirogr. (2. 27)?

§ 102.

Ad 1. Diese Frage ist sehr streitig. Schon Accursius¹⁾ erklärt sich für die weitere Bedeutung von pecunia, ebenso viele französische Juristen, unter Anderen Jo. Corasius²⁾, Duarenus³⁾ und Jac. Gothofredus.⁴⁾ Man beruft sich für diese

¹⁾ Gl. *Pecunia* in C. un. C. de prohib. sequestrat. pec. (4. 4): „*Pecunia* Large accipe: ut ff. de uerbor. sign. l. pecuniae uerb. et T. de constitu. pec. l. II.“

²⁾ Miscell. III. 2.

³⁾ In tit. III lib. III C. I. (Opp. ed. Francof. a. 1598 p. 895^{*} und 896^{*}: „*Pecuniam autem hic late accipere debemus pro omni re, quae est in nostro patrimonio.*“

⁴⁾ Comm. in C. un. C. Th. de pecuniae sequestratione prohibita (2. 28). Gothofredus will die Constitution auf Quantitäten und alle res mobiles bezogen wissen. Zwar spreche dafür, daß die Constitution nur auf Summen und Quantitäten von res fungibiles gehe, 1. der Zusammenhang derselben mit C. un. C. Th. si certum petatur (2. 27); 2. der Umstand, daß in allen bekannten Stücken der großen Constitution von Honorius, von welcher

Muther, Sequestr.

102. Ansicht auf die bekannten Stellen: Fr. 178 pr. de V. S. (50. 16) und C. 2 C. I. de const. pec. (4. 18). Andere dagegen, wie Guiacius¹⁾, verstehen unter pecunia nur jede Quantität fungibler Sachen, und Einige, z. B. Robertus²⁾, bloß Geld. Wenn auch zugegeben werden muß, daß pecunia überhaupt Alles, was Gegenstand eines Vermögens ist, bezeichnen kann, so braucht man das Wort doch nie von einzelnen nichtfungiblen Sachen, wenn dieselben nicht gerade als Theil eines Vermögens rücksichtlich ihres Geldwerts in Betracht kommen und auf Letzteren ausdrücklich hingewiesen werden soll.³⁾ Dies ist aber in unserer Constitution nicht der Fall. Vielmehr scheinen die Worte „pecuniam petiturus“ recht mit Absicht gewählt und mit Nachdruck gesetzt zu sein. Es liegt auch bloß dann in der Sequestration eine unerträgliche Härte, wenn durch sie dem Beklagten Geld oder Sachen entzogen werden, durch deren Umsatz oder Gebrauch er während der Dauer des Prozesses sich Vortheil verschaffen konnte, während es doch ganz einleuchtend ist, daß es dem Kläger nicht gerade auf die sequestrirte Species ankomme, sondern daß derselbe nur eine gleiche Quantität desselben Genus verlange. Läßt sich dagegen für die Sequestration der Grund geltend machen, daß dem Kläger gerade diese individuell bestimmte Sache gesichert werden müsse, so verliert dieselbe das Gehässige, ja es sind Fälle denkbar, wo sie als das einzige wirksame Sicherungsmittel für die Rechte des Klägers erscheint. Ich entscheide mich daher gegen die Annahme, daß der Kaiser pecunia in dem weitesten Sinn gebraucht habe; doch halte ich auch nicht dafür, daß das Wort in der eng-

die unserige ein Theil ist, bloß von Gläubigern einer Summe oder Quantität gesprochen werde; 3. endlich die Worte „oportet enim debitorem primo convinci et sic solutioni succumbere“, indem dieselben offenbar auf eine solutio pecuniae hingingen; nichtabestoweniger aber sei die Constitution auch auf Prozesse über Contractforderungen, deren Object eine nichtfungible res mobilis, analog auszudehnen, und zwar wegen Gleichheit der ratio. Daß aber eine solche vorhanden, glaube ich auf das Bestimmteste verneinen zu müssen.

¹⁾ Paratitla in libr. III tit. III Cod. Iust.

²⁾ Sentent. iur. I c. 5.

³⁾ Vgl. PAULLUS Fr. 5 de V. S. (50. 16).

sten Bedeutung „gemünztes Geld“ siehe. Vielmehr scheint es mir 102. richtig, anzunehmen, pecunia bezeichne alle Sachen, „quae pondere numero mensura constitutae sunt“, indem, wie Justinian sagt¹⁾, der Ausdruck schon in den antiqui libri prudentium häufig so vorkommt. Diese Auffassung wird uns auch die Vereinigung unserer Constitution mit der oben erklärten C. un. si certum petatur de chirogr. (2. 27) ermöglichen.

§ 103.

Ad 2. Durch die zuletzt erwähnte Verordnung war, wie wir oben gesehen, der Sequestration selbst bei Klagen aus Schuldscheinen noch ein weiter Spielraum gelassen. Es ist nun nach dem Vorhergehenden nicht zweifelhaft, daß die C. un. de pecuniae sequestratione prohibita (2. 28) nicht bestimmt war, das durch jene C. un. si certum petatur de chirogr. (2. 27) in Bezug auf die Sequestration eingeführte Recht gänzlich aufzuheben. Da das Verbot der Sequestration in der C. un. de pecuniae sequestratione prohibita (2. 28) sich bloß auf Klagen aus Contracten, deren Objecte Summen oder Quantitäten waren, bezog, so mußte die Sequestration wenigstens überall da bleiben, wo aus einem Schuldschein auf eine individuell bestimmte Sache geklagt, also z. B. wenn die actio commodati angestellt und durch einen sofort producirten Schuldschein unterstützt wurde. Schuldscheine werden aber selten über res non fungibiles, häufiger über Quantitäten und Summen ausgestellt. Deshalb ist es eine Frage von Wichtigkeit, ob nicht auch die Sequestration von Summen und Quantitäten bei Klagen aus Schuldscheinen trotz der C. un. de pecuniae sequestratione prohibita (2. 28) fortbestand? Wir werden in dieser Beziehung das Verhältniß, in welchem die beiden Verordnungen im Codex Theodosianus zu einander stehen, als maßgebend betrachten dürfen, denn sie sind so kurz vor Verabfassung des Codex erlassen, daß gewiß ihre ursprüngliche Beziehung zu einander, namentlich aber die Auffassung der Praxis den Compilatoren des Theodosianischen Codex noch ganz frisch vor Augen stand. Der kaiserliche

¹⁾ C. 2 § 1 C. I. de constituta pecunia (4. 18).

103. Erlass vom Jahr 429 n. Chr., durch welche Theodosius II. die Verabfassung des Codex anordnete¹⁾, bestimmte, daß überhaupt nur noch geltende Constitutionen aufgenommen werden sollten:

— Sed cum simplicius iustiusque sit, praetermissis eis (*constitutionibus*), quas posteriores infirmant, explicari solas, quas ualere conueniet —,

doch ist mit Rücksicht auf diejenigen, deren Geltung im Allgemeinen wohl feststand, bei denen aber eine uarietas lectionum Controversen veranlassen könnte, befohlen, es solle bei den einzelnen Constitutionen das Datum bemerkt und in den Titeln die Zeitfolge beobachtet werden, damit sich daraus ergebe, welches Gesetz als das jüngere vorzuziehen sei:

— dein, quod in utramque dici partem faciet uarietas lectionum, probetur ordine, non solum reputatis consulibus et tempore quaesito imperii, sed ipsius etiam compositione operis, ualidiora esse, quae sunt posteriora, monstrante.²⁾

Diese Bestimmung blieb in der Verordnung vom Jahr 435, welche von Neuem befohl, den Codex in Angriff zu nehmen.³⁾

¹⁾ C. 5 C. Th. de constitutionib. (I. 1).

²⁾ Puchta, Institutionen Bd. 1 § 36 (4. Ausg. S. 668) versteht dies so: „Die durch spätere Gesetze abgeänderten (Gesetze) sind nicht gerade zu übergehen, dagegen soll das Datum bei jedem sorgfältig bemerkt, und in den Titeln die Zeitfolge beobachtet werden, damit sich daraus ergebe, welches Gesetz im Collisionsfall vorzuziehen sei.“ Allein die Worte „quod in utramque dici partem faciet uarietas lectionum“ können nicht auf Fälle bezogen werden, wo eine Anordnung des früheren Gesetzes durch eine solche des späteren evident aufgehoben ist, sondern bloß auf Bestimmungen, welche in mehreren Constitutionen wiederholt sind, rücksichtlich deren aber die Verschiedenheit der Worte, die gelesen werden (über uarietas lectionum vgl. DIRKSEN Manuale u. lectio § 2), Controversen herbeiführen könnte. Nur bei diesen — also gerade nur bei Gesetzen, bei denen es zweifelhaft ist, ob durch das eine das andere aufzuheben beabsichtigt sei — soll immer die Lesart des jüngeren Gesetzes den Vorzug haben. Es ist dabei gewiß der Wille des Kaisers, daß auch einzelne durch spätere Gesetze aufgehobene Punkte solcher Gesetze, die im Allgemeinen noch gelten, von den Compilatoren wegzulassen seien.

³⁾ C. 6 C. Th. eod. Puchta a. a. D. irrt, wenn er sagt, es seien durch die Verordnung v. J. 435 nur die Vorschriften der Verordnung v. J. 429 wiederholt. Es ist jene Constitution viel besser redigirt, als die zuletzt ge-

Aber jetzt ist die Einreihung der Constitutionen in den Titel 103. nach ihrem Alter nicht deshalb anbefohlen, damit aus der Anordnung die Geltung erkannt werde, sondern einfach damit man aus derselben die Zeitfolge ersehe.

Omnes edictales generalesque constitutiones — — indicibus rerum titulis distinguantur; ita ut non solum consulum dierumque supputatione, sed etiam ordine compositionis apparere possint nouissimae.

Es ist das

— ipsius — compositione operis, ualidiora esse, quae sunt posteriora, monstrante —

recht geßiffentlich weggelassen, denn es hat jetzt der Gesetzgeber (gerade so wie später Justinian) die Absicht, ein Werk ohne Fehl und Tadel, in welchem Widersprüche sich überhaupt nicht finden, herzustellen.¹⁾ Ausdrücklich wird von dem Recht des Codex gesagt:

Quod ut, breuitate constrictum, claritate luceat, aggressuris hoc opus et demendi superuacanea uerba, et adiciendi necessaria, et mutandi ambigua, et emendandi incongrua tribuimus potestatem.

Zweifelhaftes, d. i. dasjenige, was Controversen hervorrufen könnte, soll verändert, Unpassendes, d. h. nicht Harmonirendes²⁾ soll verbessert werden. Darin liegt offenbar die Vorschrift, daß

nannte; auch finden sich in Ersterer wesentlich neue Bestimmungen und überhaupt enthält sie einen „ausschließlich auf die Praxis berechneten Plan.“ Böcking, Pandekten-Institutionen 1. Bd. § 20 (S. 53).

¹⁾ Man könnte fragen: Wozu die Einreihung der Constitutionen in die Titel nach der Zeitfolge überhaupt, wenn dadurch nicht das Verhältniß derselben zu einander rücksichtlich der Kraft und Geltung angezeigt werden soll? Darauf antworte ich: Auch Justinian ordnet an, daß die Constitutionen nach ihrem Alter in die Titel eingereiht werden sollen, trotzdem daß er alle Widersprüche zu tilgen befehlt. C. Haec quae necessario De nouo Codice faciendo ad Senatum urbis Constantinopolitanae § 2.

²⁾ Incongrua ist so viel als incongrua inter se, wie z. B. vorkommt incongruae inter se positiones. Vgl. FORCELLINI s. u. incongruus. Der Kaiser versteht unter incongrua gewiß nicht verwerfliche oder alberne Bestimmungen. Diese kann er seinen Vorfahren nicht zutrauen.

103. die Compileratoren Widersprüche ausmerzen und Alles in Einklang miteinander bringen sollen. Verbinden wir daher die Vorschriften der CC. 5 und 6 C. Th. de constitutionibus (1. 1) miteinander, so ist bestimmt, daß veraltete, nicht mehr geltende Gesetze überhaupt nicht, neuere im Allgemeinen geltende, im Einzelnen aber sich widersprechende Verordnungen nur nach Entfernung der Widersprüche aufgenommen werden sollen.

Wenn nun in C. un. § 3 si certum petatur (2. 27) geradezu gesagt ist, der aus einer von ihm selbst ausgestellten Schuldverschreibung Belangte müsse unter gewissen Umständen die geschuldete Summe sequestriren, und in der C. un. des folgenden Titels überhaupt die Sequestration von Summen oder Quantitäten bei Contractsklagen verboten wird; sollen wir da glauben, die Compileratoren des Cod. Theodosianus hätten aus Nachlässigkeit die ihnen anbefohlene Entfernung der Widersprüche vergessen und hier einen recht evidenten Widerspruch stehen lassen, oder aber sollen wir annehmen, man habe absichtlich die beiden Constitutionen in der Gestalt gelassen, in der wir sie finden? Ich halte das Letztere für geratener, besonders da die Bestimmungen jener Constitutionen sich recht gut miteinander vertragen und ohne Gewalt ausgleichen lassen. Die C. un. si certum petatur (2. 27) erkennt in gewissen Fällen, aus besonderen Gründen die Sequestration einer Summe, Quantität oder sonstigen Sache als notwendig an, die C. un. de pecuniae sequestratione prohibita (2. 28) dagegen verbietet im Allgemeinen die Sequestration von Summen und Quantitäten bei Contractsklagen. Beide Constitutionen stehen nebeneinander: da ist es das Natürlichste, den letzteren Satz als Regel, den ersteren als Ausnahme aufzufassen. Die Sequestration einer Summe oder Quantität ist bei Contractsklagen im Allgemeinen untersagt, bei Klagen aus Schuldurkunden aber unter gewissen Umständen, die eine Art von Präsumtion gegen den Schuldner erregen, zulässig.

So haben die Compileratoren des Codex Theodos. das Verhältniß der beiden Gesetze zueinander aufgefaßt und gewiß war dieß die allgemeine Auffassung ihrer Zeit und diejenige der Praxis. Dabei war auch kein Irrthum untergelaufen, denn der Kaiser Honorius hatte sicher nicht die Absicht, durch seine Constitution

vom 15. Jul. 422 die Bestimmungen des Edicts vom 27. Jul. 403. 421 aufzuheben oder zu modificiren. Als Grund für die Anordnung der Sequestration in letzterer Verordnung ist angegeben:

Cauendum est, ne inficiandi somitem ministremus obnoxiiis; bei der Ersteren leuchtet dagegen überall die auch ausgesprochene Absicht durch, der „uoracitas“ der Gläubiger einen Damm entgegenzusetzen. Ist es nun wahrscheinlich, daß der Kaiser in einer humanen Anwandlung den bösen Schuldnern die von ihm selbst als nützlich anerkannte Notwendigkeit der Sequestration erlassen habe, lediglich um das Andringen schlimmer Gläubiger minder schmerzlich und empfindlich zu machen? Ich halte es für viel natürlicher, anzunehmen, der Kaiser habe den schlimmen Schuldnern ihre Strafe gelassen (ihnen gegenüber ist ja auch die uoracitas creditorum gerechtfertigt!), und nur ordentliche Debitoren, wider die keine Präsumtion streitet, vor der Habgier der Gläubiger schützen wollen. Mit dieser Ansicht stimmen aber auch die Worte der *C. un. de pecuniae sequestratione prohibita* (2. 28) vollständig überein. Lediglich weil es für recht und billig erachtet wird, daß der Gläubiger seine Beweismittel herbeibringe und erst, nachdem er den Schuldner besiegt hat, Zahlung solle fordern können, ist die *sequestratio pecuniae* ausgeschlossen. Ueberall also wird nur von einem Gläubiger gesprochen, welcher seine Beweismittel noch nicht herbeigeschafft und noch kein günstiges Urtheil für sich erwirkt hat. Wie aber, wenn der Gläubiger sofort seine Beweismittel beibringt und noch dazu Beweismittel, welche eine Art von Vermutung wider den läugnenden Schuldner erregen? Soll da auch der Gläubiger ohne alle Sicherung seines Rechts während eines durch die chikanösen Anstrengungen des Schuldners möglicherweise sich lange hinausziehenden Prozesses bleiben? Für diesen Fall hat die *C. un. de pecuniae sequestratione prohibita* (2. 28) keine Bestimmung, redet sie doch bloß von dem Gläubiger, „*qui probationes secum non affert*.“ Natürlich aber ist sie deshalb auch nicht bestimmt, frühere Constitutionen, welche rücksichtlich der Gläubiger, „*qui probationes secum afferunt*“, erlassen sind, aufzuheben.¹⁾

¹⁾ Die im Text durchgeführte Ansicht spricht auch IACOB. GOTHOFREDUS aus.

§ 104.

104. Wie schon oben angedeutet, sind nun aber unsere beiden Gesetze einschränkender Natur. Es wird die Sequestration für mehrere Fälle untersagt, für einige dagegen erlaubt, und zwar dieß letztere so, daß es nicht schwer ist, zu erkennen, es solle kein neues Recht eingeführt, sondern das alte, bisher in der Praxis angewendete nur bestätigt werden. Daraus läßt sich schließen, daß zur Zeit des Erlasses beider Constitutionen die Sequestration einen sehr ausgedehnten Kreis der Anwendung gehabt habe. Daß sie bei Klagen aus Schulburfunden wohl überall gebraucht wurde, geht daraus hervor, daß sie für Klagen aus den Urkunden Verstorbener und für andere Fälle ausdrücklich untersagt wird (s. oben); daß sie aber sogar ohne Schulburfunde bei Klagen aus Verträgen, deren Object eine Summe oder Quantität, zulässig war, ist aus dem in C. un. de pecuniae sequestratione prohibita (2. 28) enthaltenen Verbot ersichtlich, ja man kann schließen, daß sie auch noch nach Erlass dieser Constitution bei Klagen aus Verträgen, deren Object eine individuell bestimmte Sache war, angewendet wurde. Bei Delictsklagen kam (wie oben bemerkt) wohl schon nach klassischem Recht die Sequestration häufig vor, und da jetzt bloß Bestimmungen über die Sequestration bei Contractsklagen getroffen sind, so bestand in jener Beziehung jedenfalls das frühere Recht ungeändert fort.

Wie aber gelangte die Sequestration bei Contractsklagen zu so großer Bedeutung und in wie weit war sie überhaupt bei denselben anwendbar? Konnte vor Erlass der beiden oft citirten Verordnungen von Honorius jeder Kläger aus seiner Contractsforderung von dem Beklagten — mochte dieser sein wer und wie er wollte — die Sequestration des Streitobjects verlangen? Gewiß nicht. Wir haben bisher die Sequestration immer als Cautionsmittel kennen gelernt. Nun wissen wir aus Caius¹⁾, daß in der klassischen Zeit der mit einer actio in per-

Eine neue Untersuchung aber war (abgesehen davon, daß GOTHOFREDUS für seine Ansicht keine Gründe beibringt) deshalb nötig, weil dieser Schriftsteller die CC. 5 und 6 C. Th. de constitutionib. (1. 1) noch nicht kannte.

¹⁾ III. 102.

sonam Belangte regelmäßig keine cautio iudicatum solui zu 104. leisten brauchte, daß aber die Bestellung einer solchen ihm oblag bei gewissen besonders gearteten Klagen, z. B. bei der actio depensi oder der actio de moribus mulieris, und überhaupt wenn er eine persona suspecta war. Möglich, daß noch in der klassischen Zeit in solchen Fällen, namentlich wenn die streitige Sache eine individuell bestimmte war, sobald der Beklagte keine satisfactio leisten konnte, Sequestration des Streitobjectis eintrat. Immer aber werden solche Fälle selten gewesen sein, da Cautionsbestellung bei persönlichen Klagen überhaupt nicht allzuhäufig gefordert werden konnte und dann wohl meistens Bürgen gefunden wurden, durch welche man die satisfactio iudicatum solui bestellte.

Ueber den Begriff der Verdächtigkeit bestanden theils besondere Regeln; wie der Satz des Edicts, daß Jeder persona suspecta sein solle, der in den Zustand der Insolvenz geraten ist¹⁾, sowie Derjenige, „cuius ex Edicto Praetoris bona dies XXX possessa sunt“²⁾; theils aber entschied der Prätor im einzelnen Fall nach vorgängiger cognitio, ob der Beklagte suspectus sei, d. h. in dem Verdacht der Unredlichkeit stehe³⁾, und dieß scheint besonders häufig bei dem Erben des ursprünglichen Schuldners vorgekommen zu sein.⁴⁾

Es konnte nun wohl kommen, daß Jemand seine Verdächtigkeit dadurch indicirte, daß er die Entscheidung eines Prozeßes hinauszuziehen bestrebt war, während doch der Kläger durch sofort beigebrachte Beweismittel, z. B. durch die Production fehlerfreier Urkunden, seine Forderung liquid zu machen sich bemüht hatte. Es war dann wahrscheinlich, daß der Beklagte nicht zahlen wolle oder könne, und der Prätor⁵⁾ mochte leicht geneigt sein, in solchen

¹⁾ Keller, Röm. Civilprozeß § 56 S. 232 Not. 669 und die dort citirten Stellen.

²⁾ KELLER Semestria ad M. T. CICERONEM I p. 27. 106. Der selbe, Röm. Civilprozeß § 56 S. 232 Not. 670.

³⁾ S. u. Beilage III.

⁴⁾ Keller, Röm. Civilprozeß § 56 S. 233 Not. 671 und die dort allegirten Beweisstellen.

⁵⁾ Der Kläger mußte die Urkunden, deren er sich bedienen wollte, schon

104. Fällen, um dem Kläger doch einige Sicherheit zu gewähren, Verdächtigkeit des Schuldners anzunehmen.¹⁾ Bei wirklicher ökonomischer und sonstiger Verdächtigkeit des Schuldners aber mochte es demselben schwer werden, Bürgen zu finden, und so konnte denn gerade in diesem Fall eine Sequestration häufig vorkommen. Im Laufe der Zeit nun scheint sich die Praxis gebildet zu haben, den die Richtigkeit der gegen ihn producirten Urkunde abläugnenden oder sonstwie tergiversirenden Beklagten immer als einen *suspectus homo* anzusehen und ihn so zur Cautionsbestellung anzuhalten. Da nun bisher schon in den meisten derartigen Fällen anstatt eigentlicher *satisfactio* Sequestration eingetreten war, fing man zuletzt an, sofort und ohne Weiteres Sequestration anzuordnen.

Auf diese Weise entstand — vermutlich aber erst nach Untergang des *ordo iudiciorum privatorum* — die Praxis, daß das Streitobject, bezüglich die streitige Summe immer sequestrirt wurde, wenn der Beklagte die Richtigkeit der gegen ihn producirten äußerlich fehlerfreien Urkunden abläugnete, oder wenn er — bei Anerkennung der Richtigkeit — die *exceptio non numeratae pecuniae* vorschützte. *Honorius* sah sich veranlaßt, durch seine Verordnung v. J. 421 diese Praxis einestheils zu beschränken, andertheils derselben eine festere gesetzliche Grundlage zu geben. Die Constitution v. J. 422 aber bezieht sich offenbar nur auf solche Fälle, wo überhaupt bei Contractsklagen eine Cautio von dem Beklagten gefordert werden konnte, also namentlich auf den Fall, wo der Beklagte als *suspecta persona* galt. Es mochte auch hier die Praxis herrschend geworden sein, daß man anstatt der *satisfactio* leicht zur Sequestration schritt, und dieß veranlaßte den Kaiser, wenigstens für Forderungen auf Summen

bei der *actionis editio* vorzeigen. *Zimmern*, Röm. Rechtsgeschichte Bd. 3 § 134 S. 406. *ULPIAN* Fr. 1 § 3 de edendo (2. 13).

¹⁾ Daß Derjenige, welcher eine seine Handschrift zeigende und außerdem fehlerfreie Urkunde nicht anerkennen will, oder sonst gegen dieselbe zu operiren bemüht ist, den Verdacht böslischen Räugnens gegen sich erregt, liegt in der Natur der Sache und ist auch im Recht vielfach ausdrücklich anerkannt worden, so z. B. von *HONORIUS* in der C. un. C. Th. si certum petatur de chirogr. (2. 27) und von *IUSTINIAN* in Nou. 18 c. 8.

oder Quantitäten die Notwendigkeit der Sequestration auszu- 104.
schließen.

2. Die Sequestration als prozessualisches Cautionsmittel bei der Appellation.

§ 105.

In dem Folgenden muß ich die spätere kaiserliche Gesetzgebung rücksichtlich des Gebrauchs der Sequestration bei der Appellation betrachten. Ich knüpfe dabei an das oben §§ 69 ff. Ausgeführte an und gehe zunächst näher auf eine Constitution der Kaiser Valens, Gratian und Valentinian (II.) ein, welche am 29. Jan. 378 von Trier aus (also wahrscheinlich von Gratian) an Thalassius, Proconsul von Afrika, erlassen wurde. Dieselbe ist uns aufbewahrt in dem Cod. Theodos., sowie in dem Cod. Iustinian., und wir wollen beide Ueberlieferungen hier nebeneinander setzen.

C. 25 C. Th. quorum appellationes non recipiantur (11. 36):
Imppp. VALENS, GRATIANUS et VALENTINIANUS AAA. ad Thalassium Proconsulem Africae.
Post alia: Ab exsecutione appellari non posse, satis et iure et constitutionibus cautum est, ita ut appellantem etiam nostris sanctionibus statuta multa compescat, nisi forte exsecutor sententiae modum iudicationis excedat. A quo si fuerit appellatum, exsecutione suspensa decernendum putamus, ut, si res mobilis est, ad quam restituendam exsecutoris opera fuerit indulta, appellatione suspecta posses-

C. 5 C. I. quorum appellationes non recipiuntur (7. 65):
Imppp. VALENS, GRATIANUS et VALENTINIANUS AAA. ad Thalassium Proconsulem Africae.
Ab exsecutione appellari non posse, satis et iure et constitutionibus cautum est, nisi forte exsecutor sententiae modum iudicationis excedat. A quo si fuerit appellatum, exsecutione suspensa decernendum putamus, ut, si res mobilis est, ad quam restituendam exsecutoris opera fuerit indulta, appellatione suscepta, possessori res eadem detrahatur et [sequestro] idoneo colloce-
tur, reddenda ei parti, pro

105. sori res eadem detrahatur, et idoneo collocetur, reddenda ei parti, pro qua sacer cognitor iudicauerit. Quodsi de possessione uel fundis exsecutio concessa erit, et eam suspenderit prouocatio, fructus omnes, qui tempore interpositae prouocationis capti uel postea nati erunt, in deposito collocentur, iure fundi uel penes eum, qui appellauerit, constituto. Sciant autem se prouocatores uel ab exsecutione appellantes uel ab articulo, ex his duntaxat causis, ex quibus recipi iussimus prouocationem, si eos perperam intentionem cognitoris suspendisse claruerit, quinquaginta librarum argenti animaduersione mulctandos.

Bethmann-Hollweg¹⁾ scheint das Verhältniß dieser Constitution zu dem früheren Recht so aufzufassen, als ob das Letztere aufgehoben und an die Stelle desselben etwas Neues gesetzt worden sei. Ich bin entgegengegesetzter Ansicht und glaube, daß Gratian durch das Gesetz keineswegs die zu seiner Zeit bestehende Übung — welche sich auf die Lehre des Paulus (Sentent. rec. V. 33 sqq.) stützte — entfernen, sondern, für einen einzelnen Fall geschärfte Bestimmungen erlassend, weiter ausbauen und feiner entwickeln wollte.²⁾ Von einem ausdrücklichen Auf-

¹⁾ Gerichtsverfassung und Prozeß S. 386.

²⁾ Auch durch die Einreihung der Constitution unter die Gesetze des Cod. Theodos. wurde das alte Recht nicht aufgehoben; denn da dasselbe auf das Juristenrecht (Ius) zurückgeführt werden mußte, konnte eine Notiz darüber in den Codex nicht aufgenommen werden. Wohl aber mußte dieß mit unserer

heben des früheren Rechts ist in der Constitution nichts zu finden. Das Fortbestehen desselben neben den neuen Anordnungen ist ganz gut möglich und sehr wahrscheinlich.

Es ist ein alter, schon von dem Kaiser Antoninus¹⁾ anerkannter, von Paulus²⁾ und anderen Pandektenjuristen³⁾ ausgesprochener, durch neuere Constitutionen oft eingeschränkter⁴⁾ Satz, daß „von executivischen Verfügungen, die dem rechtskräftigen Urtheil nur Folge geben“, nicht appellirt werden könne, „es sei denn, daß sie dieß auf beschwerende Weise thäten.“⁵⁾ In unserer Constitution werden nun für den Fall, daß gegen eine über die condemnatorische Sentenz hinausgehende und daher gravirende, folglich appellable executivische Verfügung appellirt werde, folgende Bestimmungen getroffen:

1. Wenn das Erkenntniß auf Restitution einer res mobilis ging und nunmehr eine executivische Verfügung erlassen ist, gegen welche appellirt wird, soll, sobald die Appellation als zulässig erkannt, der Besitz der streitigen Sache dem Appellanten entzogen und Letztere bei einem Sequester deponirt werden. 2. Wenn gegen die executivische Verfügung auf ein Urtheil im Besitzstreit oder auf ein Urtheil über die Restitution eines Grundstücks appellirt und diese Appellation für zulässig erkannt worden, sollen sämtliche zur Zeit der eingelegten Appellation schon eingeerntete, sowie erst nach der Appellation zu ziehende Früchte der Sache deponirt werden, während das Grundstück selbst noch bei dem Appellanten bleibt.

Daß diese Satzungen von den obigen allgemeinen, welche wir aus Paulus kennen lernten, sehr abweichend sind, wird

Verordnung gesehen, welche das frühere Recht zwar nicht aufhob, aber doch modificirte.

¹⁾ Vgl. MACER Fr. 4 de appellat. (49. 1).

²⁾ Sent. rec. V. 35 § 2.

³⁾ MACER Fr. 4 pr. cit.

⁴⁾ CC. 2. 3. 11. 15. 16. C. Th. de app. non rec. (11. 36) vgl. mit C. 25 C. Th. de appell. (11. 30), C. 18 C. Th. quor. app. non rec. (11. 36). Vgl. auch die erst nach unserer Constitution, aber noch von denselben Kaisern erlassene C. 30 C. Th. eod.

⁵⁾ Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 353.

105. Niemand läugnen. Dort war ein Unterschied gemacht zwischen den *fructus naturales* oder *fructus ciuiles* gewährenden und den nicht fruchttragenden Sachen; hier werden bewegliche und unbewegliche Sachen auseinandergehalten. Dort sollten von den fruchttragenden Sachen die *fructus medii temporis* und ebenso die *pensiones uel mercedes uel uecturae etc. medii temporis* deponirt werden, während rücksichtlich der nichtfruchttragenden oder sich nicht rentirenden Sachen nichts vorgeschrieben ist; hier müssen von Grundstücken und bei Besitzstreitigkeiten von allen fruchttragenden Sachen nicht nur die *fructus medii temporis* („*fructus — qui postea nati erunt*“), sondern auch die „*fructus, qui tempore interpositae prouocationis (iam) capti (sunt)*“, deponirt, bewegliche Sachen selbst aber — sobald es sich um deren Restitution handelt — sequestrirt werden. So ergiebt sich denn, daß die Bestimmungen der C. 25 weit strenger sind, als diejenigen, welche sich bei Paulus finden. Dieß ist auch ganz natürlich. Die zuletzt erwähnten gelten im Allgemeinen für Appellationen gegen Erkenntnisse jeder Art, die C. 25 aber trifft Anordnungen, wie es gehalten werden soll in Fällen einer wenig begünstigten, nur selten zulässigen Appellation gegen richterliche Aussprüche einer bestimmten Art.

Daraus erhellt, daß neben dem Recht der C. 25 jedenfalls das alte Recht fortbestand. Zu bemerken ist noch rücksichtlich der oben sub 2 angeführten Bestimmungen der C. 25, daß für die Besitzstreitigkeiten über alle fruchttragenden Sachen, also auch über *res mobiles*, welche Früchte oder regelmäßig wiederkehrende Einkünfte gewähren, wohl deshalb die angegebenen Vorschriften gegeben sind, weil die Execution in Besitzstreitigkeiten meist dann verfügt ist, wenn der Besitz von dem bisherigen Inhaber der Sache auf den Gegner übertragen werden soll, und dann, wenn die Appellation gegen eine diese Execution anordnende Verfügung dieselbe Wirkung hätte, wie die Appellation gegen Verfügungen betreffs der Execution auf Restitution einer *res mobilis* im *Petitorium*, dieselbe zum großen Theil ihren Suspensiveffect verlieren würde, da ja der Besitz, gegen dessen Verlust Appellant ankämpft, gerade in Folge der Appellation ihm entzogen würde.

Was die Art der Deposition der Sachen resp. Früchte anbelangt, so ist jedenfalls Sequestration gemeint, obschon die Ergänzung des „idoneo collocetur“ durch „sequestro idoneo collocetur“, wie sie in mehreren HSS. des Codex Iustinian. sich findet, unpassend zu sein scheint. (S. unten § 108.) Die Sequestration trägt aber auch hier den Charakter eines Cautionsmittels, indem offenbar durch dieselbe dem Appellaten, der schon ein Erkenntniß für sich hat, auf welches Execution verfügt ist, Sicherheit gewährt werden soll gegen Ränke und Frustrationen des Appellanten.

§ 106.

Bevor wir darauf übergehen, das Recht des Codex Theodosianus im Zusammenhang zu betrachten, soll hier noch die Erklärung einer Epistel des Symmachus Platz finden, die sich auf die eben besprochene Verordnung bezieht.

Q. AUREL. SYMMACHUS V. C. P. V. et Cos. ord. Epistul. ad diuersos lib. X ep. 53¹⁾:

In causis appellationum malo ius potestatis infringere²⁾, quam interpretationum dubia sustinere: praesertim conscius haud iniquae iudicationis, cui nonnihil honoris eueniet si aeternitatis uestrae oraculo roboretur, D. imperator. Tuli³⁾ igitur Constantium Suarium temere prouocantem cum ex rescripto numinis uestri statum, quem Theodosio absenti ademerat, reformassem. Mota enim uestra clementia supplicationibus et⁴⁾ querelis, breui examine iussit inquiri an Theodosio extra con-

¹⁾ In den Ausgaben des IURETUS (1580 und 1604) und des LECTIUS (1598 und 1601) ist unsere Epistel die 46. des 10. Buchs. Rückfichtlich des Textes stimmen die Ausgaben von IURETUS, von LECTIUS, von SCIOPPIUS (1608) und PAREUS mit Ausnahme geringer und unbedeutender Abweichungen wörtlich überein. Ich füge die Abweichungen des auf der Münchener Kgl. Bibliothek befindlichen Codex Tegernseensis (Saec. XII) nach einer von meinem Freund D. D e c a r Gerhard in Siegen (von welchem baldigst eine kritische Ausgabe des SYMMACHUS zu erwarten steht) mir mitgetheilten Collation bei.

²⁾ *Cod. Tegerns. instringere.*

³⁾ *Cod. Tegerns. roboretur. ddd. imppp. tulli.*

⁴⁾ So die Ausgaben und HSS. Im *Cod. Tegerns.* fehlt et.

106. flictum locato, ac deinde ne rebus excideret¹⁾ prouocante, possessionem corporum Constantius esset indeptus.²⁾ Allegata igitur praeceptione diuina, primo cognitionem totius negotii, quamuis speciatim mihi tranquillitatis uestrae delegatione mandatum, V. C.³⁾ Vicarii praesentiae reseruau: si quidem uidebatur haec causa caeteris prouocationibus esse coniuncta, quae V. C.⁴⁾ praedecessore⁵⁾ meo negabantur admissae, et alterum mecum sumpserat cognitorem. Dehinc ubi eam partem, quae ad illius temporis iudicem pertinebat, uestro retinuistis examini: appellationis inquisitione discreta, cum iam participem iudicii V. C. Vicarium⁶⁾ haberem, turbatae possessionis querelam rescripto obsecutus audiui. Et quia Theodosius iudicio non interfuisse constabat, quo sibi demptas questus est facultates, nec ulla precum mendacia Constantius detegebat, executus sum circa germanum supplicatoris heredem caeleste⁷⁾ iudicium, reformato statu, quem claruit, mox proposita appellatione defensum. Licet cultus subditus quaestioni, libellos quos Theodosius publicauit, apud se resedissem⁸⁾ memorauerit⁹⁾, nihilominus obediens imperatis, statui, ut fides gestorum superiorum ad augusta scrinia mitteretur. Hinc orta est

¹⁾ *Cod. Tegerns.* excederet.

²⁾ *Cod. Tegerns.* indemptus.

³⁾ *Cod. Tegerns.* uiri clarissimi.

⁴⁾ *Cod. Tegerns.* u. c.

⁵⁾ *Cod. Tegerns.* pdecessore. p pflegt in dem Cod. für pro zu stehen.

⁶⁾ Die Codd. und Ausgaben haben cum iam participem iudicii *non* haberem. Dieß giebt aber im Zusammenhang mit dem Vorhergehenden („V. C. Vicarii praesentiae reseruau“) keinen Sinn. Ich vermute daher, daß ursprünglich gestanden habe u c u (Virum Clarissimum Vicarium), wofür, besonders wenn es etwas verschlungen geschrieben war, sehr leicht non gelesen werden konnte.

⁷⁾ *Cod. Tegerns.* celestē.

⁸⁾ *Cod. Tegerns.* redisse.

⁹⁾ Die Ausgaben (und auch der *Cod. Tegerns.*) ziehen licet cultus memorauerit noch zu dem Vorhergehenden und beginnen mit nihilominus einen neuen Satz. Offenbar aber giebt die Interpunction, wie ich sie oben im Text gesetzt habe, einen besseren Sinn.

prouocatio cuius uel iustitia uel contumacia sacro expendetur 106. arbitrio. Interea constitutionis memor, sequestrari¹⁾ mobilia fructusque praecepi, ne medii temporis usurpatio abutatur indebitis. Omnium gestorum fida documenta cum supplementis²⁾ partium relationi ex more sociata sunt, ut diu fluctuanti causae tandem stabilem terminum diuino ore ponatis.

Eine Analyse des Rechtsfalls, welcher den Prozeß zwischen Constantius Suarius und Theodosius veranlaßte, ist nicht gut möglich: dazu finden sich nicht genug Anhaltspunkte in der Stelle. Doch erhellt so viel, daß Theodosius Beurtheilter, folglich Beklagter, Constantius aber Kläger war. Daß es sich nach dem Inhalt der Epistel nicht um den Besitz oder das Eigenthum an einer oder mehreren einzelnen Sachen, sondern um einen ganzen Vermögenscompler handelt („Theodosium iudicio non interfuisse constabat, quo sibi demptas questus est facultates“ und weiter oben „possessionem corporum Constantius esset indeptus“) könnte auf die Vermutung führen, es sei eine dingliche Universalflagge gewesen, die von Constantius angestellt war, vielleicht die hereditatis petitio. Allein es ist auch möglich, daß der ursprüngliche Prozeß bloß eine einzelne Sache oder einzelne Forderung zum Object hatte, daß aber in Folge eines Contumaciaverfahrens der Kläger in bona des Beklagten mittirt war³⁾, so daß es sich jetzt allerdings um ein ganzes Vermögen handelt. Dieß ist nun, wie sich unten noch zeigen wird, das Wahrscheinlichere, so daß über die ursprüngliche Klage sich nichts Genaueres ermitteln läßt. Wollte man aus den Worten: „cum . . . statum, quem Theodosio absenti ademeret, reformassem“ und weiter unten: „reformato statu, quem claruit mox .proposita appellatione defensum“ schließen, die Entscheidung über das Vermögen habe ursprünglich

¹⁾ So der *Cod. Tegerns.* Das zuerst von Lectius anstatt sequestrari als Emendation vorgeschlagene und von den späteren Herausgebern in den Text aufgenommene sequestrari findet also nunmehr seine handschriftliche Bestätigung.

²⁾ So der *Cod. Tegerns.* *Edit.* documenta supplementis.

³⁾ Bethmann-Hollweg, *Gerichtsverfassung und Prozeß* S. 294. Muther, *Sequestr.*

106. von einer Statusfrage abgehängt, so wäre zu entgegnen, daß status in Verbindung mit *reformare*, *reformatio*, *integratio* u. bei Symmachus häufig den Zustand, wie er vor einem beschädigenden Ereigniß war, bedeutet, namentlich aber den Besitz, wenn derselbe gestört worden und nun durch richterliche Hülfe wiederhergestellt werden soll.¹⁾

Der Prozeß, welchen die Klage des Constantius veranlaßt hatte, war vor dem Vorgänger des Symmachus in der *praelectura urbana* verhandelt worden, und zwar in Abwesenheit des Theodosius. Da nun ersichtlich ist, daß dennoch ein condemnatorisches Urtheil erfolgte, in Folge dessen Theodosius den Besitz verlor, ist es nicht unwahrscheinlich, daß ein Contumacialverfahren gegen ihn eingeleitet war. Wenn der Beklagte von Anfang an nicht gefunden werden kann und Verdacht da ist, er latitiire, oder auch, wenn derselbe durch seine Abwesenheit die Fortsetzung eines schon begonnenen Prozesses unmöglich macht, werden drei Edicte erlassen, von denen das Letzte peremptorisch ist: „Erscheint der Beklagte auch hierauf nicht am bestimmten Tage vor dem Tribunal, und dieß ist durch das Rufen des Herolds (*citatio praconis*) festgestellt, so wird er nicht wie im alten *ordo*, pro damnato gehalten, sondern, wie im Verfahren *extra ordinem*, nur durch Verlust seiner Exceptionen und seines Gegenbeweises gestraft, dem Kläger die einseitige Fortsetzung der Sache gestattet, allein noch der Beweis des Klaggrunds, als hätte der Beklagte sich negativ eingelassen, von ihm gefordert. Erst wenn dieser vollständig geführt und der Beklagte verurtheilt ist, erfolgt die *missio in bona*.“²⁾ So war wohl auch gegen den abwesenden Theodosius verfahren worden. Er war als *contumax* verurtheilt und das Urtheil sollte durch *missio in bona* vollstreckt werden. Nach der Verurteilung

¹⁾ SYMMACHUS Epistul. I. 74; X. 48 und dazu Bethmann-Hollweg, Gerichtsverfassung und Prozeß S. 421 ff. Vgl. auch SYMMACHUS VI. 11 und III. 53. Status wird hier überall nicht als juristisches Kunstwort gebraucht, sondern in seiner unbestimmten, nichttechnischen Bedeutung. Vgl. v. Savigny, System Bd. 2 S. 450 ff.

²⁾ Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 290 ff. verglichen mit S. 294.

aber hatte Theodosius gegen das richterliche Erkenntniß appellirt 108. („Theodosio . . . ne rebus excideret prouocante“). Diese Appellation kann er natürlich nur auf die Behauptung gegründet haben, daß die Voraussetzungen eines Contumacialverfahrens nicht vorhanden gewesen, er also mit Unrecht als contumax behandelt worden sei.¹⁾ Der Praefectus urbi scheint dennoch die Appellation, da sie gegen ein Contumacialurteil geschah, für offenbar unzulässig gehalten zu haben. Er nahm sie nicht an und vollstreckte das Contumacialurteil, indem er den Constantius in bona Theodosii mittirte und das so wirksam, daß Jener allerdings den Besitz der körperlichen Sachen des Theodosius erlangte. Darin erblickte Letzterer eine widerrechtliche Innovation und wendete sich — aber wohl erst nach Abgang des Praefecten — an den Kaiser mit einer Supplication²⁾, worin er sich darüber beschwerte, daß der Praefectus urbi seine Appellation nicht angenommen habe, während er zugleich folgende Bitten cumulirte: 1. es möge seine Appellation für zulässig und daher 2. die geschene Innovation für ungesetzlich, folglich für eine widerrechtliche Besitzstörung erklärt werden; 3. der Kaiser möge seine Appellation für begründet erachten und endlich 4. gegen den abgegangenen Praefectus urbi wegen der Nichtzulassung der Appellation strafend einschreiten. Der Kaiser remittirte nun, wie gebräuchlich³⁾, die Sache an den nunmehrigen Praefectus urbi Symmachus mittelst Rescripts, in welchem die Entscheidung, bezüglich der Austrag enthalten war: 1. zu untersuchen, ob Theodosius in seiner Abwesenheit, während er nicht in den Terminen erscheinen konnte⁴⁾, verurteilt, gegen das Contumacialurteil Berufung eingelegt habe, trotzdem aber die Execution durchgeführt worden sei („Mota enim uestra clementia supplicationibus et querelis, breui examine iussit inquiri“ etc.); 2. wenn sich dieß Alles als wahr herausstellen

¹⁾ Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 296.

²⁾ Supplication war wegen verweigerter Annahme der Appellation zulässig. Fr. 5 § 1 de appellat. recip. (49. 5).

³⁾ Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 372.

⁴⁾ So sind wohl die Worte „extra conflictum locato“ aufzufassen.

106. werde, die Appellation für zulässig zu erklären und den Theodosius wieder in den Besitz der Sachen zu setzen, die Constantius in Folge der Execution erhalten hatte („cum ex rescripto numinis uestri statum, quem Theodosio absenti ademerat, reformassem“); 3. eventuell über den Grund oder Ungrund der Appellation des Theodosius das gewöhnliche Verfahren¹⁾ einzuleiten.

Symmachus verschob die ganze Untersuchung bis zur Anwesenheit des Vicarius urbis, denn obwohl ihm dieselbe persönlich aufgetragen, stand sie doch in gewissem Zusammenhang mit anderen Beschwerden, welche gegen seinen Vorgänger wegen verweigerter Annahme von Appellationen eingelaufen waren. Diese mußten in Gemeinschaft mit dem Vicarius urbis geprüft werden²⁾, so daß auch der gegenwärtige Fall noch einen anderen Richter neben Symmachus zu erfordern schien.³⁾ Nicht der Rechtsbeständigkeit oder gesetzlichen Notwendigkeit wegen verschob aber Symmachus die Verhandlungen — denn der specielle Auftrag des Kaisers würde einem etwaigen Mangel in dieser Beziehung abgeholfen haben —, sondern lediglich weil er es für zweckdienlich hielt, daß der Vicarius, welcher im Allgemeinen die Amtsführung des vorigen Praefectus urbi mit zu prüfen hatte, auch von dieser Sache genaue Kenntniß erhalte. Es sollte dieselbe zwar nicht direct gegen den Vorgänger des Symmachus gerichtet werden, ja der Kaiser hatte sich das Weitere in dieser Beziehung selbst vorbehalten („Dehinc ubi eam partem, quae ad illius temporis iudicem pertinebat, uestro retinuistis examini“), aber indirect gab sie Aufschluß über das Thun und Treiben des ehemaligen Praefecten, sie gehörte dazu, um sich ein Gesamtbild von dessen amtlicher Thätigkeit zu entwerfen.

Demgemäß richtete auch nach Ankunft des Vicarius urbis (cum iam participem iudicii *uirum clarissimum uicarium* haberem)

¹⁾ Vgl. Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 361 und 362.

²⁾ SYMMACHUS Epist. X. 43 und dazu Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 372.

³⁾ Sumpserat kann gehalten werden, wenn man es in der — obwohl seltenen — Bedeutung von exigere nimmt.

Symmachus das Verfahren nicht direct gegen den *iudex a quo* 106. — wie es sonst wohl bei Beschwerden wegen nicht angenommener Appellation geschah, insofern dem Richter aufgegeben wurde, sich in einem Bericht gegen die Anschuldigung zu rechtfertigen¹⁾ —, sondern er ließ den subjectiven Theil der Untersuchung, welcher darauf gehen mußte, ob dem Ertheiler der *sententia a qua* ein Verschulden zur Last falle, bei Seite liegen; die weiteren ihm aufgetragenen Verhandlungen aber trennte er in zwei Theile: 1. in die Untersuchung über das Vorhandensein der in dem kaiserlichen Rescript als Bedingung für die *reformatio status* des Theodosius aufgestellten Thatsachen, oder mit anderen Worten die Untersuchung darüber, ob eine — nach dem kaiserlichen Rescript zulässige — Appellation nicht angenommen und trotz ihrer Einlegung Execution verfügt worden sei; und 2. in die Untersuchung über den Grund oder den Ungrund der Appellation. Von dieser Letzteren nahm er vor der Hand noch Umgang („*appellationis inquisitione discreta*“), und zwar mit gutem Grund, da sie jedenfalls längere Zeit erforderte, während der Zustand des Besitzes, wie er zur Zeit der eingelegten Appellation war, so schnell wie möglich wiederhergestellt werden mußte. Bei der über die Zulässigkeit der Appellation angestellten Untersuchung aber erhellte, daß die von Theodosius angeführten Thatsachen begründet seien, selbst Constantius mußte die Wahrheit derselben zugeben, indem er keine *praescriptio mendacii* einlegte, und so erhielt, da Theodosius unterdessen gestorben war, sein Erbe auf Grund des kaiserlichen Rescripts den Besitz der ihm entzogenen Sachen zurück. Uebrigens waren, obwohl das Interpersonal, welches in der Streitsache früher fungirt hatte²⁾, sich erinnerte, daß Theodosius einen Appellationslibell eingereicht hatte, doch die Voracten, um ihre volle Glaubhaftigkeit zu erhalten, an die kaiserlichen Scrinien zur Vergleichung und Regulirung eingefendet worden.

Constantius aber fand sich durch die Entscheidung des Sym-

¹⁾ Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 365.

²⁾ So ist wohl *cultus subditus quaestioni* aufzufassen. Oder ist es besser zu lesen *cultor* (= *institutor*) *subditus quaestioni*?

106. machus beschwert und appellirte dagegen. Der Letztere, eingedenk, daß es das Sicherste sei, die Appellation nicht abzuweisen und dem Appellationsrichter die Entscheidung über ihre Zulässigkeit anheimzugeben¹⁾, nahm sie an und sendete sie mittelst der vorliegenden Apostel an den Kaiser ein. Dabei bemerkt er, daß er auf Grund einer kaiserlichen Constitution — womit jedenfalls die im vorigen § besprochene C. 25 C. Th. gemeint ist — die Mobilien und Früchte habe sequestriren lassen. Dieß stimmt ganz mit dem von uns oben Ausgeführten überein. Es liegt hier wirklich eine Appellation gegen die Execution vor, denn Symmachus vollzog durch die reformatio status Theodosii nur die Bestimmung eines kaiserlichen Rescripts und es war offenbar eine executivische Verfügung, wenn er den Erben des Theodosius wieder in den Besitz der Sachen, welche dem Letzteren von Constantius entzogen waren, angewiesen hatte.

3. Ergebnis.

§ 107.

Nach Allem hätte zur Zeit des Codex Theodosianus und nachher rücksichtlich der Anwendung der Sequestration folgendes Recht gegolten:

I. Bei dinglichen Klagen fand dieselbe statt nach Maßgabe der in den Schriften der Pandektenjuristen sich findenden Regeln, nur für die *liberalis causa* waren durch Constantin besondere Bestimmungen getroffen. (C. 6 C. Th. de liberali causa [4. 8].)

II. Bei persönlichen Klagen wurde nach den in dem ius enthaltenen Grundsätzen die Sequestration gebraucht, wenn der Beklagte suspectus war. Auf neuerem Recht aber beruhte es,

1. daß bei Klagen aus Schulbureau den Beklagten in der Regel für suspect gehalten wurde, sobald er die gegen ihn producirte Schulbureau abläugnete, oder derselben die *exceptio non numeratae pecuniae* entgegensetzte (doch gab es davon Ausnahmen);

¹⁾ C. 43 C. Th. de appellationib. (11. 30). Vgl. Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 356 Not. 35.

2. daß bei anderen Klagen aus Verträgen die Sequestration 107. trotz der Verdächtigkeit des Beklagten nur eintrat, wenn das Streitobject eine individuell bestimmte Sache war. Bei Forderungsklagen aus Summen und Quantitäten war sie regelmäßig nicht anwendbar.

3. Rücksichtlich der Delictsklagen galt das alte Recht.

III. Bei der Appellation sind die alten im ius enthaltenen Sätze modificirt durch die Verordnung Gratian's v. J. 378.

II. Juristischer Charakter der Sequestration.

§ 108.

Wir haben bis jetzt untersucht, in welchen Fällen die Sequestration nach dem Recht des Codex Theodosianus angewendet wurde, ohne uns darum zu kümmern, ob man dieselbe noch in der alten Weise vornahm, so daß die Parteien über einen iur bonus sich vereinbarten, oder eine aedes sacra auswählten, wo Beide die unter gewisser Bedingung einem Theil zu restituierende Sache deponirten. Die älteren römischen Schriftsteller und Pandektenjuristen brauchten überall die Ausdrücke „apud sequestrem deponere“, „in sequestre deponere“, „sequestro ponere“ oder „apud aedem aliquam deponere“, ein einziges Mal bediente sich Ulpian des Verbum „sequestrare“.¹⁾ Dies zeigt an, daß die Juristen das von dem mit Papinian und Ulpian ziemlich gleichzeitigen Kirchenvater Tertullian so häufig in der Bedeutung von niederlegen, aufbewahren gebrauchte Wort sequestrare²⁾ absichtlich vermieden und die Ausdrücke „apud sequestrem deponere“ etc. für juristisch genauer ansahen. Wenn nun in den späteren kaiserlichen Constitutionen des Codex Theodosianus nur ein Mal „in sequestri esse oportet“³⁾, überall außerdem das

¹⁾ Fr. 22 § 8 solut. matrimonio (24. 3) f. oben § 81 C. 209.

²⁾ Vgl. § 14 C. 26 f.

³⁾ C. 6 C. Th. de lib. causa (4. 8).

108. Verbum „sequestrare“ und das in älterer Zeit unerhörte Substantivum „sequestratio“ sich findet, so deutet dieser later werdende Sprachgebrauch darauf hin, daß man nicht mehr an jener alten, scharfen, streng juristischen Vorstellung festhielt, welche bei den klassischen Juristen uns in dieser Beziehung entgegentritt. Selbst das „in sequestre esse“ ist weit verschieden von „apud sequestrem deponere“ oder „sequestro ponere“. Die Bedeutung von „sequestrare“ in C. 21 C. Th. de feriis (2. 8), C. 18 C. Th. de exactionib. (11. 7), C. 5 C. Th. de censitorib. (13. 11): absondern, bei Seite setzen, aufschieben¹⁾, beweist, daß jetzt auch da, wo sequestrare im eigentlichen Sinn gebraucht wird, der Gedanke an das Absondern des zu sequestrierenden Gegenstands von dem Vermögen des bisherigen Inhabers mehr in den Vordergrund getreten war. In C. 25 C. Th. quor. appellat. (11. 36) steht „idoneo collocetur.“ Das „idoneo“ läßt sich nicht gut durch sequestro ergänzen.²⁾ Es liegt viel näher, zu dem „idoneo“ hinzuzudenken loco.³⁾ Das würde uns zeigen, wie nunmehr der Richter, welcher die Sequestration anordnete, selbst den tauglichen Ort bezeichnend habe, wo deponirt werden sollte. Auch die

¹⁾ Vgl. § 15 C. 28 f.

²⁾ Zwar setzen HALOANDER und andere Herausgeber in C. 5 C. I. quor. appellat. (7. 65) „sequestro idoneo collocare“, allein die meisten Mss. haben das „sequestro“ nicht und auch in den Basiliken (VIII. 1, 46. HEIMB. T. I p. 443: ἐν τῇδεῖς ἀπορεθῆ) fehlt es. Es ist also das „sequestro“ in den Handschriften, wo es sich findet, wohl ein ungeschicktes Einschlepfen der Abschreiber. Uebrigens scheint mir „sequestro idoneo collocare“ auch grammatisch nicht gut möglich, denn wenn auch bei CICERO De diuinatione I. 46 vorkommt „collocare filiam suam alicui“ (vgl. GAIUS II. 235 und 238, ULPIAN. Fragm. XXIII. 17 sq.), so steht das offenbar für collocare filiam cum aliquo. Aber zu behaupten, rem sequestro collocare stehe anstatt rem cum sequestro collocare, wäre durchaus ungerechtfertigt. Es muß heißen rem apud aliquem, apud sequestrem collocare, und so steht auch in C. 5 C. I. comm. utr. iudicii (3. 38).

³⁾ Cf. CICERO Deorat. I c. 35: „suo quidque loco collocare.“ Das Göttinger Ms. des C. I. hat übrigens in C. 5 quor. appellat. (7. 65): „loco idoneo collocetur“, (vgl. die Göttinger Ausgabe des Corp. iur. h. 1.); doch ist auch dieses loco — obwohl geschickter gewählt als sequestro — wohl kein Einschlepfen der Compileren, sondern des Abschreibers.

Worte „— si res mobilis est appellatione suscepta pos-
 sessori res eadem detrahatur“ scheinen auf eine directe Wegnahme
 des Besitzes durch den Richter zu gehen. Man kann nicht wohl
 daran denken, daß der Letztere dem Appellanten aufgeben solle, die
 Sache gemeinschaftlich mit dem Appellaten bei einem Dritten zu
 deponiren; darin würde erst mittelbar das Entziehen des Besitzes
 liegen und der Kaiser hätte sich, wenn er dieß gewollt, gewiß
 schärfer ausgedrückt. Ähnlich heißt es in der C. 6 C. Th. de
 liberal. caus. (4. 8):

— in sequestri esse oportet, ut, his ab utroque deductis atque
 in medio iure locatis, ad eorum proprietatem uterque con-
 tendat.

Hier fällt ebenfalls in die Augen, daß beiden Litiganten der
 Besitz der bei ihnen befindlichen streitigen Sache direct entzogen
 wurde. Der Satz „ut his ab utroque deductis“ etc. kann nicht
 bedeuten: „damit, nachdem beiden Litiganten der Besitz der bei
 ihnen befindlichen Sachen entzogen und diese Sachen in mitten
 inne liegendes, d. h. zweifelhaftes Recht versetzt, Jeder
 sein Eigenthum daran im Streit vertheidige“, denn die frag-
 lichen Sachen sind schon streitig, ehe ihr Besitz den betreffenden
 Litiganten entzogen worden, und es wäre auch eine derartige
 Uebersetzung nicht ohne sprachliche Bedenken. Besser scheint es
 mir zu sein, ius für die Gerichtsstelle zu nehmen¹⁾ und wörtlich
 zu übersetzen: „nachdem die Sachen bei dem dazwischen (d. i.
 zwischen den Litiganten) liegenden oder mit andern Worten bei
 dem unparteiischen Gericht niedergelegt sind.“

Aus Allem können wir nun schließen, daß bei der Seque-
 stration zunächst den Litiganten der Besitz der streitigen Sachen
 (nötigenfalls durch die Executoren) entzogen, und dann von dem
 Richter bestimmt wurde, an welchem tauglichen Ort sie nunmehr
 aufbewahrt werden sollten. Damit stimmt auch überein C. 5 C. I.
 communia utriusque iudicii (3. 38) von Diocletian.²⁾ Denn
 der Rector provinciae konnte dort die streitigen Urkunden gewiß

¹⁾ Cf. PAULLUS Fr. 11 de iustitia et iure (1. 1).

²⁾ C. oben § 50.

108. ebensowohl bei einer Privatperson, wie in aede sacra oder an einem sonstigen tauglichen Ort aufbewahren lassen. Unten werden wir sehen, daß das beschriebene Verfahren mit dem zu Justinian's Zeit gebräuchlichen viele Ähnlichkeit hat, ebenfalls ein Beweis, daß meine Behauptung der Wahrscheinlichkeit nicht entbehrt.

. § 109.

Demnach bedeuten die Worte der C. 6 C. Th. de lib. caus. (4. 8) „in sequestri esse oportet“ so viel als: Die fraglichen Sachen müssen in den Zustand der Sequestration kommen. Die Sequestration selbst aber findet in der angegebenen Weise statt. Wenn es in der C. 25 C. Th. quor. app. (11. 36) heißt: „fractus omnes, qui tempore interpositae prouocationis capti uel postea nati erunt, in deposito collocentur“, so ist dieser Satz so zu verstehen: Alle Früchte mögen an einem vom Richter zum Voraus bestimmten Ort, bezüglich bei einer von dem Richter bestimmten Privatperson deponirt werden.

Von der älteren, an die Stelle der Satisfaktion tretenden Sequestration ist daher die Sequestration der späteren Zeit mehrfach unterschieden. Dort kamen die Parteien über einen uir bonus oder eine aedes sacra, wo sie Beide die streitige Sache deponiren wollten, frei überein, hier bezeichnet der Richter den uir bonus oder die aedes sacra, wo die beweglichen Sachen aufzubewahren sind. Diese Deposition geschieht entweder von den Parteien selbst, welchesfalls das alte Verhältniß bleibt, oder die fragliche Sache wird dem officium iudicis übergeben resp. von diesem gewaltsam hinweggenommen, und dann von den Officialen weiter deponirt. Dieß Letztere ist aufzufassen als eine Deposition von Seiten des Gerichts. Dieses hatte ja dem Besitzer die streitige Sache entzogen und dadurch sich verpflichtet, dieselbe der siegenden Partei auszuantworten. Der Richter selbst also ist gewissermaßen Sequester im alten Sinn, ihm ist die Sache certa conditione custodienda reddendaque von den Litiganten überlassen, nur daß er die custodia nicht selbst übernimmt, sondern einem Dritten anvertraut. Dieser Letztere ist somit Depositär des Richters, welcher

seine *actio depositi* dem Sieger nur zu cediren braucht, um dieselbe Wirkung hervorzubringen, als ob der Depositar eigentlicher Sequester wäre. Natürlich war der Richter für seine Wahl verantwortlich, und deshalb wird meistens *depositio in aede sacra* oder in *horreis*, quibus et alii solebant publice uti vorgekommen sein. Die Sequestration der Sache ist somit eine im eigentlichen Sinn notwendige geworden: Der bisherige Besitzer wird direct gezwungen, die Sache auch wider seinen Willen zu deponiren. Der Wille des Klägers freilich fehlt niemals, denn dieser hat ja auf Sequestration gedrungen. Sein dahin bezüglicher Antrag konnte wohl erst gestellt werden, wenn es feststand, der Beklagte werde den geltend gemachten Anspruch nicht einräumen, also wenn der Beklagte durch das Vorschützen dilatorischer Einreden seinen Willen zu erkennen gegeben hatte, die Einlassung abzuweisen¹⁾, oder wenn er durch negative Einlassung resp. durch Opposition peremptorischer Einreden der Klage in der Weise widersprach, daß es zum Prozeß kommen mußte.

Wahrscheinlich rief der Antrag des Klägers auf Sequestration des Streitobjects überall eine besondere Verhandlung hervor, welche, wenn keine Einigung der Parteien zu erzielen war, mit einem Zwischenbescheid (*interlocutio*, *articulus*, *praeiudicium*) des Richters schloß. Dieser Bescheid war natürlich ebensogut wie ein Endurteil erequirbar: war die betreffende Sache eine individuelle, so konnte dieselbe dem Beklagten durch die Officialen des Richters gewaltsam hinweggenommen werden, war es eine Summe oder Quantität, so konnte *pignoris capio* erfolgen.²⁾ Während früher, wenn eine Partei die ihr aufgetragene Cautionsbestellung resp. Sequestration unterließ, Contumacialverfahren eingetreten war, gab man jetzt ein Erkenntniß, welches erequirt wurde. Ein derartiges Verfahren war aber auch jetzt erst möglich und hätte zur Blütezeit des *ordo iudiciorum priuatorum* nicht vorkommen können. Zwar finden sich schon damals manche prozeßleitende Zwischenbescheide (*interlocutiones*) bei dem Verfahren in *iudicio*³⁾, und auch der Ausspruch

¹⁾ Bethmann-Hollweg a. a. D. SS. 261. 262.

²⁾ Bethmann-Hollweg a. a. D. S. 339.

³⁾ Keller, Röm. Civilprozeß § 66 S. 271.

109. des Magistrats oder des iudex über die Notwendigkeit einer Caution ic. geschah mittelst eines Zwischenbescheids. Allein directe Execution dieser Zwischenbescheide konnte nicht stattfinden. Die Naturalerecution war mit der achten Anlage des Formularprozesses in völligem Widerstreit¹⁾, und selbst wenn man das berühmte Fr. 68 de R. V. (6. 1) von Ulpian mit Keller²⁾, Zimmern³⁾ und Bethmann-Hollweg⁴⁾ für acht oder wenigstens im Wesentlichen für nicht interpolirt annimmt, muß man doch anerkennen, daß selbst noch in der späteren klassischen Zeit an dem Prinzip des indirecten Zwangs für den ordentlichen Prozeß festgehalten wurde und daß man nur allmählig und anfänglich in der Form einer nicht unbedenklichen Ausnahme die unmittelbare gewaltsame Hinwegnahme der betreffenden individuellen Sache auf Grund der pronuntiatio iudicis zuließ.⁵⁾

So war allerdings für einen bestimmten Zwischenbescheid des iudex — denn etwas Anderes ist der arbitratus iudicis nicht — und auch da nur ausnahmsweise eine directe Execution eingeführt, den anderen Zwischenbescheiden aber, namentlich den Entscheidungen des Magistrats und des iudex über zu bestellende Prozeßcautionen, wurde noch in der spätesten Zeit, wie dieß aus vielen übereinstimmenden Zeugnissen hervorgeht, nur auf indirectem Weg Kraft und Geltung gegeben.

§ 110.

Als aber der ordo iudiciorum priuatorum, welcher, aus dem reichen Rechtsleben des zur Rechtsproduction vorzugsweise bestimmten Volks entsprossen, dem starren Despotismus der späteren Kaiserzeit zuwider war, weichen mußte, und an seine Stelle die extraordinaria cognitio mit condemnatio in rem ipsam, Natural-

¹⁾ Vgl. Keller, Röm. Civilprozeß § 81 C. 341 und 342.

²⁾ Litiscontestation und Urteil C. 215.

³⁾ Röm. Rechtsgeschichte Bd. 3 C. 198.

⁴⁾ Gerichtsverfassung und Prozeß C. 330.

⁵⁾ Keller, Röm. Civilprozeß § 82 C. 356 vgl. mit § 81 C. 341. Bethmann-Hollweg a. a. D. C. 331.

erecution etc. trat, da paßte auch die auf das Prinzip des indirecten 110. Zwangs gebaute Cautionsordnung nicht mehr. Warum sollte der Richter gerade diesen Entscheidungen nur auf Umwegen Geltung verschaffen können, während seine übrigen Bescheide manu militari den nötigen Nachdruck erhielten? Und doch ließ sich, wenn man die satisdatio als nächstes und erstes Cautionsmittel beibehielt, nicht gut eine Naturalerecution jener richterlichen Zwischenbescheide denken. Konnte man doch Niemanden die erforderlichen Bürgen durch bewaffnete Hand abnötigen. Man sah sich daher nach einem anderen, bequemeren Cautionsmittel um, und dieses bot die schon im alten ordo iudiciorum, wenngleich erst in zweiter Linie angewendete Sequestration. Auf diese Weise erklärt es sich, daß in allen Stellen des Codex Theodosianus, wo von Sequestration die Rede ist, einer derselben vorausgehenden Aufforderung zur satisdatio nicht gedacht wird. Die Praxis hatte in manchen Fällen die Sequestration zu dieser primären Geltung gebracht, und ebenso, wie man sich früher der Worte satisdatio und satisdare bedient hatte, um regelmäßig (doch nicht absolut notwendig) durch Bürgen zu leistende Cautionen zu bezeichnen, brauchte man jetzt sequestratio und sequestrare, wenn man von den Cautionen sprach, die gewöhnlich durch Deposition des Streitobjects bestellt wurden.

Doch bestand wohl in manchen Fällen die satisdatio als das in erster Linie stehende Cautionsmittel fort und die Kaiser sahen sich veranlaßt, der Praxis, als sie auch hier der Sequestration einen Vorzug einräumen wollte, durch Gesetze entgegenzutreten.

§ 111.

Durch das eben Vorgetragene wird übrigens noch ein Moment zur Erklärung der C. un. C. Th. de pecuniae sequestratione prohibita (2. 28) beigebracht. Zwar findet sich in der klassischen Zeit keine Spur, daß Verpflichtungen auf das Geben (tradere und dare) einer speciellen Sache eben so direct erzwungen wurden, wie die Verpflichtung zum restituere¹⁾; allein daß im späteren

¹⁾ Bethmann-Hollweg a. a. D. S. 333.

111. Prozeß auch für jene Fälle directe Execution eingeführt wurde, unterliegt keinem Zweifel.¹⁾ Dagegen bleibt bei Geldzahlungen das ordentliche Executionsmittel die *pignoris capio*. Wenn bei einer Geldforderung (oder anderen auf eine Quantität oder Summe gerichteten Forderung) Cautio verlangt oder auf Cautio erkannt wurde, so hatte der Richter kein rechtes Executionsmittel, um seiner Entscheidung Nachdruck zu geben, denn es ging nicht an, die betreffende Geldsumme der Sequestration wegen hinwegzunehmen, da überhaupt keine derartige Execution stattfand und es doch sehr ungereimt gewesen wäre, behufs der Bestellung einer Cautio etwas vorzunehmen, was selbst dann nicht geschah, wenn der Beklagte condemnirt und als zahlungspflichtig anerkannt war. Ebenso aber war zur *pignoris capio* noch kein rechter Grund vorhanden. Denn die Existenz der *Obligatio* des Beklagten, zu deren Sicherung das Pfand hätte genommen werden können, stand ja noch gar nicht fest. Das hat der Kaiser offenbar im Sinn, wenn er sagt: „oportet enim debitorem primo conuinci et sic solutioni succumbere.“ Da demnach kein Mittel existirt, die Sequestration in solchen Fällen mit gehörigem Nachdruck zu erquiren, außerdem aber dieselbe, wie schon oben gezeigt, hier gerade besonders gehässig erscheint, verbot sie der Kaiser, natürlich aber ohne das alte Recht, nach welchem auch bei Forderungen auf Summen und Quantitäten von dem verdächtigen Schuldner *satisfactio iudicatum solui* geleistet werden mußte, zu ändern. Auch ließ er in dem Fall die (durch *pignoris capio* erzwingbare) Sequestration einer Summe zu, wo schon von vorne herein eine gewisse Präsumtion gegen den Schuldner sprach.

§ 112.

Ueber das Rechtsverhältniß, in welches die Parteien durch eine von dem Richter vermittelt directen Zwangs herbeigeführte Sequestration zu einander kommen, schweigen die Quellen. Denn ebenso wie es den Juristen und Gesetzgebern jener Zeit nicht zum Bewußtsein kommt, daß bei Forderungen, die auf ein dare

¹⁾ Bethmann-Hollweg a. a. D. S. 338.

gerichtet sind, die directe Naturalerecution die Befugniß des Richters, „Eigenthum gegen den Willen des Beklagten und bisherigen Eigenthümers auf den Kläger zu übertragen“¹⁾, voraussetzt, wurde es ihnen nicht klar, daß die Zulässigkeit einer directen Hinwegnahme der streitigen Sache durch das Gericht zum Behuf der Sequestration, also zum Behuf der Bestellung einer Caution zu Gunsten des Gegners, nur dann Sinn hat, wenn man dem Richter die Macht zuschreibt, an den streitigen Sachen wider den Willen des bisherigen Besitzers ein Pfandrecht zu bestellen. Diese Befugniß genügt aber noch nicht. Früher mußte vor der Satisfaktion (bezüglich Sequestration) durch förmliche Stipulation (bezüglich nudum pactum) zwischen den Parteien eine Obligation geschaffen werden, für welche die Bürgenstellung oder die Verpfändung geschah. Jetzt scheint jener Act hinweggefallen zu sein, und doch kann die Sequestration nicht gut anders aufgefaßt werden als Verpfändung, welche immer eine Obligation voraussetzt. Diese Obligation, welche früher durch Rechtsgeschäft unter den Parteien, das nur auf indirectem Wege erzwungen werden konnte, hervorgebracht wurde, schafft jetzt der Richter durch seinen Bescheid auf Cautionsbestellung. Daher muß diesem außer der Befugniß, ein Pfand zu bestellen, die schon im klassischen Recht dem Magistrat bei der *pignoris capio* zukam²⁾, auch noch die Macht zugeschrieben werden, eine obligatio zwischen den Parteien durch seinen Ausspruch unmittelbar zu begründen, ganz ähnlich derjenigen auf *iudicatum facere oportere*, welche schon im Formularprozeß durch das condemnatorische Endurtheil entstand. So liegt also in dem Zwischenbescheid des Richters auf Sequestration des Streitobjects einmal die Begründung einer Obligation zwischen den Parteien, dann aber auch — wenn die Execution erfolgt — die Constituirung eines Pfandrechts an der streitigen Sache zu Gunsten jener Obligation. Dieses Pfandrecht ist eigenthümlicher Natur und nicht ganz übereinstimmend mit dem-

¹⁾ Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 339.

²⁾ ULPIANUS FR. 10 qui potiores (20. 4) Imp. ANTONINUS C. 2 C. I. eod. (8. 18). Id. C. 1 si in causa iudicati (8. 23).

112. jenigen, welches bei der *pignoris capio* entsteht. In letzterem liegt das Recht des Pfandverkaufs, wenn auch nicht durch den Creditor, so doch durch das Gericht zu Gunsten des Creditor.¹⁾ Das Pfandrecht des Klägers bei der Sequestration dagegen gehört zu den Fällen des Pfandrechts ohne Verkauf und ist in gewisser Beziehung dem Pfandrecht des *missus in possessionem* ähnlich. Es bleibt also im Ganzen dasselbe Verhältniß zwischen Kläger und Beklagten, welches wir oben (§ 66 vgl. mit § 57) kennen lernten, nur daß dasselbe jetzt nicht mehr durch Privatrechtsgeschäft unter den Parteien, sondern unmittelbar durch richterlichen Befehl begründet wird. Einen richterlichen Befehl aber, welcher zur Sicherung einer Partei im Prozeß den Besitz des Streitobjects dem bisherigen Inhaber entzieht und denselben nicht auf die Gegenpartei (denn das wäre *missio in possessionem*), sondern auf eine dritte Person, welche dann im Namen der streitenden Theile (abgeleiteten) juristischen Besitz hat, überträgt, ebenso wie das durch jenen Befehl hervorgebrachte Verhältniß selbst, nennen wir Arrest. Und so ist schon im Recht des Codex Theodosianus an die Stelle der alten Sequestration ein eigentlicher Realarrest getreten.

¹⁾ ULPIANUS Fr. 50. HERMOGENIANUS Fr. 74 § 1 de euict. (21. 2). IUSTINIANUS C. 2 si in causa indicati (8. 22).

Zweites Kapitel.

Das Justinianische Recht.

§ 113.

Wir kommen zur Untersuchung des Justinianischen Rechts.¹¹³ Um die Stellung der Sequestration in diesem zu begreifen, ist es nötig, mit einigen Worten der Aenderungen zu gedenken, welche der Prozeß in der Zeit zwischen dem Codex Theodosianus und Justinian erlitt.

Die Denunciation als regelmäßige Einleitung des Verfahrens ist in nicht näher bestimmbarer Zeit gänzlich außer Gebrauch gekommen.

Schon zur Zeit des Codex Theodosianus war, wie wir wissen, die Notwendigkeit derselben für einzelne Fälle entfernt worden: Der Kläger brauchte dann nicht vor dem Richter zu erscheinen, um feierlich zu denunciiren und zu bitten, daß von Letzterem weiter an den Beklagten denunciirt werde. Vielmehr genügte die Einreichung eines schriftlichen Klaglibells, worauf der Beklagte durch den Richter ohne Beobachtung der für die Denunciation vorgeschriebenen Fristen citirt wurde. Es ist also dieß Verfahren von dem bei der *denunciatio* gebräuchlichen im Wesentlichen nur dadurch unterschieden, daß die äußere Form der *denunciatio* und die langen, prozeßverschleifenden Fristen hinwegfielen, und so ist es denn natürlich, daß man anfang, auch in anderen Sachen als denen, die gesetzlich von der Denunciation erimirt waren („*ruptis*

113. *denunciationum ambagibus*“) jenes einfachere und schnellere Verfahren einzuführen, so daß nach und nach die Denunciation ganz verschwand (vgl. unten § 119).

In der Justinianischen Compilation findet sie sich nicht mehr, die früheren Constitutionen darüber sind im Codex Iustinianus theils ganz weggelassen, theils ist durch Interpolation jede Spur derselben sorgfältig vertilgt.¹⁾ Auch der Westgothischen Interpretation des Codex Theodosianus ist das Institut unbekannt: dasselbe muß daher im westlichen Reich im Lauf des fünften Jahrhunderts verschwunden sein.²⁾ Ein Gesetz, worin die Denunciation ausdrücklich aufgehoben wäre, findet sich nicht, und nicht einmal § 15 I. de acti. (4. 6) kann als ausdrückliches Zeugniß für die Aufhebung gelten, da die betreffenden Worte bloß in Verbindung mit den Conditionen stehen und „wörtlich aus Gaius (III. 18) entnommen sind, bei welchem sie entschieden einen andern Sinn haben.“³⁾

Im Justinianischen Recht geschieht die Einleitung des Processes, wie früher bei den der *denunciatio* entzogenen Sachen, durch eine Klagschrift (*libellus conuentionis*), welche dem Gericht überreicht wird, worauf der Richter in einer Verfügung (*sententia*, *interlocutio*, *praeceptum*) entweder die Klage sofort verwirft, oder dieselbe zuläßt und Ladung des Beklagten befiehlt. Dieser Befehl (*commonitio*, *sententia commonitoria*, *admonitio*, *conuentio*, *citatio*) wird entweder mündlich dem Executor gegeben, oder schriftlich — durch *subscriptio* auf dem Libell — ausgefertigt.⁴⁾ Der Executor instruiert nun die Klage und Ladung dem Beklagten oder dessen Vertreter⁵⁾ und es empfängt derselbe dagegen 1. nach

¹⁾ IACOB. GOTHOFREDUS *Commentar. in C. 1 C. Th. de denunciat.* (2. 4). Bethmann-Hollweg, *Gerichtsverfassung und Prozeß* S. 253. Heffter, *Prozeß* S. 291. Savigny, *Ueber das interdictum QVORVM BONORVM*. *Ver-mischte Schriften* Bd. 2 S. 261.

²⁾ Bethmann-Hollweg a. a. D.

³⁾ Savigny a. a. D. Not. 1.

⁴⁾ Vgl. über das Alles Bethmann-Hollweg a. a. D. S. 254 ff. Puchta, *Institutionen* Bd. 1 § 184 S. 266 ff. Zimmern, *Röm. Rechtsgeschichte* Bd. 3 § 144 S. 438 ff.

⁵⁾ Bethmann-Hollweg a. a. D. S. 256.

dem Klagobject bestimmte Sporteln¹⁾, 2. ein schriftliches Empfangs-^{113.} bekenntniß, welches das Datum enthalten muß²⁾, 3. cautio iudicio sisti. Daß diese Caution jetzt dem Executor geleistet wurde, ist der deutlichste Beweis, daß dieselbe nunmehr etwas ganz Anderes geworden war, als im alten Recht. Konnte doch nicht dem abwesenden Kläger stipulirt werden. Der Ausdruck, es sei die cautio iudicio sisti dem Kläger bestellt worden, ist daher überall darauf zu beziehen, daß sie dem Effect nach dem Kläger bestellt wurde, nicht aber formell.

§ 114.

Von der cautio iudicio sisti handeln viele Stellen des Justinianischen Rechts. Wir beginnen mit der Betrachtung der jüngsten.

Nou. 53 (a. 537) praef.:

Πολλοὶ προσίοντες ἡμῖν διδάσκουσι τὸ ἡμέτερον κράτος, ὡς ἀγώγμοι γίνονται παρὰ τινῶν ἢ καὶ εἰς ἑτέρας ἀπάγονται χώρας ἢ ἐκ θείας ἡμῶν κελεύσεως, ἢ καὶ ἐκ ψήφων ἀρχικῶν, καὶ τάλαιπωροῦνται μὲν τούτοις, ἠναγκασμένοι δὲ ὑπὸ τῶν κελεύσεων ἢ τῶν ψήφων ἄγονται, εἴτα οἱ τούτους ἀγαγόντες καὶ ἀσφαλείας κομισάμενοι, ὡς εἴσω ἐρητοῦ χρόνου καταλήψονται τὸ ἀφορισθὲν δικαστήριον οἱ παρ' αὐτῶν αἰτιαθέντες, αὐτοὶ μένουσιν ἐν τῇ χώρᾳ, τρυχεσθαι ταῖς ἐν ξένη δαπάναις τὸν παραστάντα ἢ διαχθέντα καταλιμπάνοντες.

Die Novelle ist veranlaßt durch die Beschwerden, daß die Kläger viel günstiger gestellt seien als die Beklagten, indem die Letzteren gezwungen wären, vor Gericht — selbst vor Gerichten ferner Provinzen — zu erscheinen, wenn sie nicht bedeutenden Nachtheilen unterliegen wollten, während der Kläger keineswegs gehalten sei, die Sache fortzusetzen, vielmehr straflos im angeetzten Termin ausbleiben könne, eine Einrichtung, die vielfach zu Chikanen mißbraucht werde. Dabei wird als etwas sich von selbst Verstehendes und Bekanntes vorausgesetzt, daß die Kläger (dem

¹⁾ Bethmann-Hollweg a. a. O. u. S. 241 ff.

²⁾ Bethmann-Hollweg a. a. O.

114. Effect nach) Caution empfangen: „ὡς εἶσω χρόνῳ καταλήψονται τὸ ἀφορισθὲν δικαστήριον οἱ παρ' αὐτῶν αἰτιαθέντες.“¹⁾ Zugleich aber geht aus den letzten Worten der praefatio hervor, wie der Beklagte sich entweder selbst vor dem citirenden Gericht stellte, oder aber bei demselben vorgeführt wurde (παραστάντα ἢ διαχθέντα = eum, qui se stitit uel adductus est). Darüber verbreitet das erste Kapitel unserer Novella ein helleres Licht. Es heißt:

— καὶ ὁ χρόνος πληρωθεῖν, ὃν ἐπὶ τῇ τῆς παραστάσεως ἢ τῆς ἀπαγωγῆς ἀσφαλείᾳ αὐτοῦς ὁ ἐνάγων ἔταξεν.²⁾

Daraus scheint sich zu ergeben, daß die cautio darauf gerichtet war: „Der Beklagte werde in gewisser Zeit sich selbst vor Gericht einfinden oder dulden, daß er vorgeführt werde“, wonach die oben erwähnten Worte der praefatio so zu verstehen sind, daß der Beklagte entweder in Folge seines Versprechens freiwillig vor Gericht erschienen, oder, weil er diesem Versprechen nicht nachgekommen, auf Grund seines weiteren Versprechens, gewaltsam vorgeführt worden sei. Weiteren Aufschluß über die Einleitung des Prozesses in der Justinianischen und vorhergehenden Zeit giebt die Novelle in Cap. 3 pr.:

— τῆς γὰρ παλαιότητος βουλομένης τὸν αἰτιάσεως βιβλίον δεξάμενον ἡμερῶν εἶσω δέκα διάσκεψιν ἔχειν, ἐφ' ᾧ καὶ ἀνερευνῆσαι τὸ πρᾶγμα, καὶ ὕσως ἐπιγνῶναι, καὶ ἀπαλλαγῆναι, μετὰ δὲ τὴν τῶν δέκα ἡμερῶν προθεσμίαν τηνικαῦτα καὶ ὑπογράφειν τῷ σταλέντι βιβλίῳ, καὶ τὰς δικαστικὰς πληροῦν ἀσφαλείας, τινὲς δὲ ἀφορῶντες εἰς τοὺς ἡμετέρους νόμους, οἳ μετὰ προκάταρξιν οὐδὲ παραιτεῖσθαι τὸν δικαστὴν, οὐδὲ συνδικαστὴν αἰτεῖν. συγχωροῦσι, τὸ πρᾶγμα τεχνάζουσι, καὶ μάλιστα τῶν πρακτόρων τὰ τοιαῦτα δολερῶς ἐξευρισκόντων, καὶ ἅμα προσερχθεῖν τις ὑπόμνησις, πολλάκις οὐδὲ βιβλίου δεδομένου,

¹⁾ „— cautionem acceperunt, quod ab iis postulatum intra certum tempus ad determinatum iudicium uenturi sint.“ (HOMBERGK.)

²⁾ „— et tempus elapsum sit, quod in cautione iudicio sistendi, uel in ius ducendi causa actor praefiniuit.“ (HOMBERGK.)

οὐδὲ δικαστικῆς οὐδεμιᾶς ἀσφαλείας, ἄγονσι τὸν ἄνθρω- 114.
πον ἄκοντα πρὸς τὸν δεδομένον δικαστὴν, καὶ οὐδ' ὅτι-
οὖν ἐπιστάμενον συνελάνουσι ποιήσασθαι προκατάρξιν,
ὥστε ἅπαξ αὐτὸν ὑπὸ τῇ προκατάρξει γεινόμενον δεδῆσθαι,
καὶ μηδεμίαν ἔχειν ἄδειαν μήτε παραιτήσασθαι τὸν δικά-
ζοντα, μήτε συνδικαστὴν γοῦν αἰτῆσαι, καίτοι γε ἴσως
ὑπόπτου τοῦ δικαστοῦ καθεστῶτος.

Wir erfahren, daß nach dem zur Zeit des Erlasses der Nouella geltenden Recht, welches als älteres Recht bezeichnet wird — und als solches möglicherweise schon für die der litisdenunciatio entzogenen Sachen des Codex Theodosianus galt — dem Beklagten nach Insinuation der Klagschrift ein zehntägiges spatium deliberandi gelassen werden mußte, und daß derselbe erst nach Ablauf dieser Frist die Klage zu unterschreiben und die gesetzlichen Cautionen zu leisten hatte. Zugleich aber wird uns mitgetheilt, daß die Praxis in neuerer Zeit diese gesetzliche Bestimmung nicht beobachtet habe, sondern daß vielmehr der Beklagte, um ihn von der ihm nur vor der Litiscontestation zustehenden Recusation des Richters, bezüglich der Bitte, daß dem Richter ein anderer Richter beigegeben werde, abzuhalten, durch die Executoren, welche als die eigentlichen Urheber dieser Ordnungswidrigkeit bezeichnet werden, oft geradezu ohne vorgängige Insinuation des Libells und ohne daß Caution geleistet worden wäre, vorgeführt und zur Litiscontestation gezwungen worden sei. Dieses eben nicht schöne Bild von der unbeschränkten Willkür der Executoren gegen die Gerichtsuntergebenen und von ihrer kriechenden Dienstfertigkeit gegen die Vorgesetzten paßt vollkommen zu dem Gemälde von dem wüsten prozeßualischen Treiben der sinkenden Römischen Kaiserzeit, welches sich bei der Lecture von Schriftstellern wie Symmachus vor uns aufrollt.

Zu Justinian verordnet nun im § 1 des Cap. 3 der Novelle, daß dem Beklagten bei der Citation immer das Libell überreicht werden soll. Nach der Insinuation der Ladung und des Libells aber muß demselben ein Zeitraum von mindestens zwanzig Tagen bleiben, damit er den Richter recustren oder mit dem Gegner transigiren kann. Dann fährt der Kaiser fort (Nou. cit. cap. 3 § 2):

114. *Λεχόμενον δὲ αὐτὸν τὸ βιβλίον, μόνης προσωπικῆς ἐγγύης παρ' αὐτοῦ διδομένης, καὶ τῶν σπορτούλων κατὰ τὴν θείαν ἡμῶν παρεχομένων διάταξιν, ὑπογράφειν τῷ καλουμένῳ ἀντιβιβλίῳ, δηλοῦντα καὶ τὸν χρόνον, καθ' ὃν αὐτῷ τὸ βιβλίον ἐπιδίδεται, ἵνα μὴ καὶ περὶ τοῦτο τέχνη τις γένηται.*

Der Beklagte soll also gleich bei Empfang des Libells einen Insinuationschein (*ἀντιβιβλίον*) unterzeichnen und darauf das Datum der geschehenen Insinuation bemerken. Zugleich hat er die *cautio iudicio sisti* zu leisten, und zwar — wie ausdrücklich gesagt wird — lediglich dadurch, daß sich Bürgen persönlich für ihn verpflichten. Das wird offenbar der Bestellung einer Caution auf dinglichem Weg, also z. B. durch Sequestration, entgegengesetzt und es zeigt uns diese Bestimmung, wie trotz der in den Pandekten enthaltenen Vorschriften sich die Praxis immer noch dahin neigte, primo loco die Bestellung der Caution auf dinglichem Weg, durch Sequestration, zu fordern.

Nach wiederholter Einschränkung des Satzes, daß dem Beklagten die zwanzigtägige Frist von der Insinuation des Libells an gelassen werden müsse, gebietet der Kaiser, die Executoren sollten in jener Zwischenzeit den Beklagten nicht turbiren, der lediglich die gerichtliche Caution zu leisten habe, wie sie durch den Richter angeordnet sei (*ἀλλὰ τὴν τε δικαστικὴν ἀσφάλειαν ἐκτιθέμενον, καθάπερ ἂν οἱ ταῦτα κρινόντες συνίδοιεν*). Ob Caution zu leisten oder nicht, war demnach in das Ermessen des Richters gestellt, und es mußte die darauf bezügliche Entscheidung jedenfalls schon vor Insinuation des Klaglibells erfolgt und zugleich mit dem Libell dem Beklagten eröffnet worden sein, wobei es recht gut möglich, daß innerhalb der fraglichen zwanzig Tage der Beklagte gegen die Bestellung der Caution remonstriren konnte. Im Cap. 4 pr. heißt es weiter:

Εἰ δὲ καὶ τινες διομόσαιντο μὲν, ὡς προσεδρεύουσι, πρὶν δὲ ἢ προκαταρξῆς γένοιτο, τῆς μεγάλης ταύτης ἀφανεῖς καταστατῆν πόλεως, ἄδειαν εἶναι καὶ μὴ γενομένης προκαταρξέως προσιέναι τὸν ἐνάγοντα τῷ ἀφορισθέντι δικαστῇ, καὶ ταῦτα προσαγγέλλειν, ἐκεῖνον δέ, εἰ μὲν ἄρχων

εἴη, κελεύειν ἐκ τρόπου παντὸς ἄγεσθαι τὸν ἐναχθέντα, 114. ὡς καὶ ἐπίορκον, καὶ σχεδὸν ἑαυτοῦ κατήγορον τῇ φυγῇ γενόμενον. εἰ δὲ οὐκ ἄρχοι, δοθεῖη δὲ ἐκ τινὸς δικαστῆς, εἴτε ἐκ θείου τύπου τυχὸν ἢ κελεύσεως, ἢ καὶ παρὰ τινος ἄρχοντος, ἐπ' ἐκείνον μηνύειν, ὥστε ἄγεσθαι παρ' ἐκείνου, καὶ μὴ τὸ πρᾶγμα μένειν τῷ διώκοντι πανταχόθεν ἄπορον, οὔτε τοῦ δικαστοῦ πρᾶξαι τι δυναμένον, διὰ τὸ μήπω γενέσθαι παρ' αὐτῷ προκατάρξιν, ἐκείνου τε καταφρονοῦντος τοῦ νόμου καὶ τῆς διωμοσίας τῆς ἑαυτοῦ, καὶ τὸν διώκοντα πάσης ἐκτὸς νομίμου βοηθείας ἀπολιμπάνοντος. § 1. Ὅπως ἂν οὖν μὴ λανθάνοντος αὐτοῦ καὶ βραδυνούσης τῆς παραστάσεως, τὸ πρᾶγμα μένοι μετέωρον, ἐξετάζετο παχυμερῶς ὁ δικαστῆς ὅποι γῆς ἀπεληλυθέναι λέγεται, καὶ διδόντω προθεσμίαν ῥητήν, ὥστε εἰ μὴ εἴσω ταύτης ἀπαντήσκειν (ἐλευθέραν μέντοι τούτου παρῶρησίαν ἔχων, ἀλλὰ μὴ, ὡς εἰκός, ἐξεπίτηδες παρὰ τοῦ διώκοντος καθειργμένος ἢ κωλυόμενος ἔλθεῖν), τηρिकाῦτα κατὰ μίαν μοῖραν ἐξεταζέτω τὴν ὑπόθεσιν· καὶ ἐπὶ νομῆς πεμπέτω τὸν διώκοντα τῶν αὐτοῦ πραγμάτων πρὸς τὸ μέτρον τοῦ διαφαινομένου χρέους, ὥστε αὐτὸν εἰς νομὴν πεμφθέντα ἔχειν τὰ πράγματα χρέους ἔνεκεν φυλακτέου. καὶ τηρिकाῦτα εἴπερ ἐκεῖνος ἀπαντήσκει, πᾶσαν αὐτῷ πρότερον θεραπεύειν τὴν ζημίαν, οὕτω τε ἀπολαμβάνοντα τὰ πράγματα καὶ ἐγγυτὴν παρασχόμενον ἀγωνίζεσθαι τὴν ὑπόθεσιν.

Demnach kam anstatt der *satisfactio iudicio sisti* auch *iurato-*rische Caution vor. Wenn nun in solchem Fall der Beklagte sich vor der *Litiscontestation* entfernte, konnte der Kläger sich nicht an die Bürgen halten und es mußten andere Bestimmungen zu seiner Sicherung getroffen werden. Der Kaiser ordnet deshalb an, der Kläger solle, obwohl die *Litiscontestation* noch nicht erfolgt, die Entfernung des Beklagten dem Richter anzeigen. Der Letztere, wenn er Magistrat sei, könne gegen den der Flucht und dadurch des *Eidbruchs* Verdächtigen einen *Vorführungsbefehl* (eine Art offenen Arrests) erlassen; sei aber der Richter nur ein (vom Kaiser oder einem mit ordentlicher Amtsgewalt versehenen Richter ernannter) *iudex datus* — dem keine eigentliche *Executio-*

114. gewalt zustand¹⁾, besonders da die Sache noch nicht bis zur eigentlichen Litispendenz gekommen war — so solle der mandirende Richter angegangen werden, den Vorführungsbefehl auszufertigen. Ferner aber sei eine kurze Untersuchung darüber anzustellen, wohin der Beklagte sich entfernt habe, und eine — jedenfalls nach der Größe der Entfernung zu bestimmende — Frist festzusetzen, nach deren vergeblichem Ablauf die Sache einseitig verhandelt werden und der Kläger nach Befinden *missio in bona absentis, pro modo debiti declarati* erhalten könne. Wenn aber der Beklagte innerhalb der Frist — gezwungen oder freiwillig — erscheine, so solle er dem Kläger allen Schaden ersetzen, dagegen seine Sachen, in deren Besitz der Kläger mittirt war, zurückerhalten und nun *fideiussorische Caution* bestellen.

Die für uns wichtigsten Resultate der vorstehenden Untersuchung sind:

1. Die Beklagten mußten nach der Novelle, wenn es von dem Richter so angeordnet war, regelmäßig schon bei der Institution des *Klaglibells* und der Ladung *cautio iudicio sisti* (*ἀσφαλείαν — ὡς εἶσω ζητοῦ χρόνον καταλήπονται τὸ ἀποροῦν δικάστηριον*) an den *Executor* bestellen.

2. Diese *Caution* war regelmäßig eine *fideiussorische* und es sollte nicht Sicherheit durch Bestellung eines dinglichen Rechts gefordert werden können.

3. Doch genügte mitunter auch *iuratorische Caution* und dann sollte, wenn der Beklagte durch Entfernung von seinem Wohnort sich verdächtig machte, ein Arrestbefehl erlassen und im Fall der fortdauernden Entfernung ein *Contumacialverfahren* gegen denselben eingeleitet werden.

§ 115.

Wir müssen nun weiter untersuchen, wie sich die Vorschriften der *Nouella 53* zu dem in den Gesetzbüchern *Justinian's* enthaltenen Recht verhalten. Wir beginnen dabei mit dem Institutionentitel *De satisfactionibus* (4. 11), weil in diesem sich der

¹⁾ Bethmann-Hollweg S. 52. Cf. Fr. 15 de re iudic. (42. 17).

Kaiser über die zu seiner Zeit anwendbaren Cautionen, im Ver- 115.
gleich mit dem alten Juristenrecht, belehrend ausspricht. Er
beginnt:

*Satisfactionum modus alius antiquitati placuit, alium nouitas
per usum amplexa est,*

d. h. das alte Recht ist durch Gewohnheitsrecht aufgehoben und
ein neues an seine Stelle gesetzt worden. Nach einer auf Gaius
(III. 88—102) sich stützenden und zwar abgekürzten Darstellung
des alten Rechts bezüglich der *satisfactio iudicatum solui* wird in
§ 2 fortgefahren:

*Sed haec hodie aliter obseruantur. Siue enim quis in rem
actione conuenitur, siue in personam suo nomine, nullam sat-
sificationem pro litis aestimatione dare compellitur; sed pro
sua tantum persona, quod in iudicio permaneat usque ad
terminum litis¹⁾, uel committitur suae promissioni cum iure-
iurando, quam iuratoriam cautionem uocant, uel nudam pro-
missionem, uel satisfactionem pro qualitate personae suae dare
compellitur.*

Es ist sowohl bei dinglichen, als persönlichen Klagen, sobald
der Beklagte in eigener Person den Prozeß übernimmt, die alte
cautio iudicatum solui hinweggefallen und an ihre Stelle eine
andere getreten, eine Caution, welche der Beklagte „pro sua tan-
tum persona“ zu leisten hat, die „cautio, quod in iudicio perma-
neat usque ad terminum litis.“ Diese Caution ist von der alten
satisfactio iudicatum solui namentlich dadurch verschieden, daß
sic die *clausula de re iudicata* nicht enthält. Sie hat lediglich

¹⁾ THEOPHILUS paraphrasirte diese Worte: „— ἀλλὰ μόνον ἐγγυητὴν
παρέχει ὑπὲρ τοῦ οἰκείου προσώπου, τὸν ἐπαγγελλόμενον ὅτι παραμεινεῖ
ὁ ἐναγόμενος ἐν τῇ δικαστηρίῳ μέχρι τέλους τῆς δίκης.“ Auch PETRUS
Exceptiones Legum Romanorum I. III c. 60 (Ausgabe von Savigny im
2. Bd. der Geschichte des R. R. im Mittelalter S. 427) hat offenbar auf die
Institutionen fußend Folgendes: „Si quis ab aliquo quacunque actione con-
uenitur suo nomine, litis aestimationem, ut iudicatum soluat, satisfacere, id est,
fideiussorem dare non compellitur. Sed pro sua tantum persona, quod in
iudicio permaneat usque ad terminum litis, id est, donec definitiua sententia
proferatur, satisfacere cogitur.“

115. die *clausula de re defendenda*¹⁾ und möglicherweise die *clausula de dolo malo*, doch lassen uns über letzteren Punkt die Quellen in Zweifel. — Es fragt sich: Ist diese *Caution* identisch mit derjenigen, welche wir oben in der *Nouella* 53 kennen gelernt haben? Bei Letzterer geben die Beklagten dem *Executor* gegenüber (indirect aber zu Gunsten des Klägers, weshalb auch *Justinian* den Kläger als Denjenigen bezeichnet, welchem die *Caution* geleistet wird) Sicherheit, „ὥς εἰσω ἑητοῦ χρόνου καταλήσονται τὸ ἀπορριπθὲν δικαστήριον“ (quod intra certum tempus ad determinatum iudicium uenturi sint). Die in den *Institutionen* erwähnte *Caution* enthält dagegen ein Versprechen des Beklagten, „quod in iudicio permaneat usque ad terminum litis.“ Offenbar sind das ganz verschiedene *Cautionen*, welche ihrem Inhalt nach etwa in demselben Verhältniß stehen, wie das alte *Vadimonium*, welches die Bestimmung hatte, das Verfahren in iure von einem Termin auf den anderen überzuleiten, zu der anderen Art des *Vadimonium*, wodurch der vor den *Prätor* Gerufene sein erstes Erscheinen in iure versprach. Nur sind die *Justinianischen Cautionen* überall nicht identisch mit den *Vadimonien*; denn es ist unter Anderem ein großer Unterschied, daß die in den *Institutionen* erwähnte *Caution* gleich darauf gerichtet ist, daß der Beklagte bis zum Ende des Rechtsstreits die Gerichtsfolge zu leisten sich verpflichtet, während das entsprechende *Vadimonium* nur für das Verfahren in iure galt und da von einem Termin zum andern bestellt wurde. Daß es aber zwei verschiedene *Cautionen* sind, welche im *Justinianischen Recht* geleistet werden, geht auch aus der *Nouella* 53 cap. 4 § 1 i. f. hervor. Denn da wird bestimmt, der Beklagte, welcher seiner iuratorischen *Caution*, im ersten Termin zu erscheinen, nicht nachgekommen ist, solle, wenn er später erscheint und die *Litiscontestation* vornimmt, *Caution* durch Bürgen bestellen — und diese letztere *Caution* kann keine andere sein, als die *cautio*, quod in iudicio permaneat usque ad terminum litis. Sie wird in der *Nouella* nur erwähnt, um zu sagen, daß der

¹⁾ Schlayer in Linde's Zeitschrift N. F. Bd. 9 S. 227.

Beflagte, welcher das Privilegium hat, bloß iuratorische Cautio¹⁾ leisten zu müssen, sobald er der beschworenen Verpflichtung, welche er dem Executor gegenüber auf sich genommen hat, nicht gehörig nachgekommen ist, für die zweite zu bestellende Cautio des Rechts, bloß iuratorische Cautio aufzumachen, verlustig gehen soll. Nach Allem kann ich nicht mit Bethmann-Hollweg²⁾ übereinstimmen, wenn er sagt, die cautio pro sua persona, quod in iudicio permaneat usque ad terminum litis sei mit der cautio iudicio sisti identisch und jene nur die zweite Hälfte der Letzteren.³⁾ Es ist übrigens auch ganz natürlich, daß die dem Executor gegenüber bestellte Cautio nur auf das erste Erscheinen vor Gericht sich bezog, während das Versprechen, den Prozeß vor demselben Gericht durchzuführen, erst nach eingetretener eigentlicher Litispöndenz, also erst nach geschehener Litiscontestation und zwar an den Kläger selbst erfolgen konnte. So vertritt denn die cautio iudicio sisti die Stelle des alten freiwilligen Vadimonium, anstatt des prätorischen Vadimonium und der cautio iudicatum solui aber wird die cautio pro sua persona, quod in iudicio permaneat usque ad terminum litis bestellt. Dadurch wird es auch erklärt, warum Justinian im § 2 I. cit. bloß der satisdatio pro sua persona erwähnt. Die ganze Justinianische Darstellung stützt sich, wie bereits oben gesagt, auf Gaius (III. 88 sqq.). Dort ist aber nur von der cautio iudicatum solui die Rede, nicht auch von irgend einem Vadimonium. Natürlich, daß nun auch Justinian bloß die an Stelle der cautio iudicatum solui getretene Cautio behandelt. Die eigentliche cautio iudicio sisti mußte er, dem System des Gaius folgend, nach § 3 I. de poena temere

¹⁾ A. a. D. C. 257 Not. 25.

²⁾ Schon GUDLINUS De iure nouissimo III c. 5 (Ed. Francfurt. 1668 p. 196) trennt die beiden Cautionen, indem er sich hauptsächlich auf die Analogie der Cautio in Fr. 1 pr. si ex noxali causa agatur (2. 9) beruft. Andere aber verwechseln die Cautionen, wie z. B. VINNIUS Commentarius in Instit. lib. III tit. XI § 2; VOET Commentar. ad Pand. lib. II tit. VIII N. 2. Bethmann-Hollweg a. a. D. beruft sich namentlich auf die aus den Basiliken (LVI. 7, 8) restituirte C. 8 § 8 (muß wohl heißen § 7) C. I. de delatorib. (10. 11). Darüber unten § 123.

115. litigantium (4. 16), wo von der in ius uocatio die Rede, erwähnen. Cautionsmittel für die beiden Cautionen des Justinianischen Rechts ist regelmäßig satisfactio, doch kommt es auch vor, daß bloß iuratorische Cautio geleistet wird, ja es kann auch nur auf nuda repromissio erkannt werden. Etwas Näheres darüber erfahren wir aus den Institutionen nicht, indem dieselben in den §§ 4 und 5 tit. 1. auf die Cautionsbestellung der Procuratoren übergehen.¹⁾ Uebrigens wird noch bemerkt (§ 6):

Quae omnia apertius et perfectissime a quotidiano iudiciorum usu in ipsis rerum documentis apparent.

§ 116.

Daß mehrere Cautionen von dem Beklagten geleistet werden mußten und daß in der Theorie nirgends die satisfactio pro sua persona mit der cautio iudicio sisti verwechselt wird, zeigt auch § 4 I. de satisfactioibus (4. 11), verglichen mit Theophilus ad h. §. Es ist nämlich da von den Cautionen die Rede, welche bestellt werden müssen, wenn der Beklagte nicht in eigener Person, sondern durch einen Procurator seine Sache führt.

§ 4 I. de satisfactioib.

(4. 11):

Si uero aliquis conuenitur, si quidem praesens procuratorem dare paratus est, potest uel ipse in iudicium uenire et sui procuratoris personam per Iudicatum solui satisfactioem solenni stipulatione firmare, uel extra iudicium satisfactioem exponere, per quam ipse sui procura-

Theophil. ad h. §:

Εἰ δέ τις ἐνάγεται, εἰ μὲν παρὼν ἐτοιμός ἐστι προβάλλεσθαι προκουράτωρα, δύναται τοῦτο δηλονότι ποιῆσαι, ἢ αὐτὸς εἰς τὸ δικαστήριον παραγενέσθαι, καὶ τοῦ οἰκείου προκουράτωρος τὸ πρόςωπον βεβαιῶσαι, τὰς ἐξέθους ἐπερωτήσεις ἐπερωτώμενος τῆς iudicatum solui, ὥς οἱ ταύτην παρέχοντες εἰώθασιν ὁμολογεῖν. Ἐξεστὶ δὲ τῇ δεσπότῃ καὶ ἐκτὸς δικαστηρίου ἐγγυητικὴν ὁμολογίαν ἐκτίθεσθαι, ἐν ᾗ τοῦ

¹⁾ Dabei kommt auch noch wirkliche cautio iudicatum solui vor und daher ist die Aufnahme des Titels iud. solui in die Bandfalten zu erklären.

toris fideiussor existat pro omnibus Iudicatum solui satisfactionis clausulis. Ubi et de hypotheca suarum rerum conuenire compellitur, siue in iudicio promiserit, siue extra iudicium cauerit, ut tam ipse quam heredes eius obligentur, alia insuper cautela uel satisfactione propter personam ipsius exponenda, quod tempore sententiae recitandae, in iudicio inueniatur; uel si non uenerit, omnia dabit fideiussor, quae condemnatione continentur, nisi fuerit pro-uocatum.

οἰκείου προκουράτωρος ἐγγυητῆς 116.
γίνεται, πάντα τὰ τῆς iudicatum solui κεφάλαια ὁμολογῶν, τουτέστιν ὅτι ὁ προκουράτωρ αὐτοῦ παρμένει τῷ δικαστηρίῳ, καὶ δικάσεται μέχρι τέλους, καὶ καταβαλεῖ τὰ κριθησόμενα· ὑποτιθέμενος μὲν τοι ἐπὶ τῇ τοιαύτῃ ὁμολογίᾳ τὴν οἰκείαν περιουσίαν, εἴτε ἐν δικαστηρίῳ ταῦτ' ἐκθῆται εἴτε ἐκτὸς δικαστηρίου, ὥστε καὶ αὐτὸν καὶ κληρονόμους αὐτοῦ ἐνόχους ἐντεῦθεν γίνεσθαι· ἐτέρας δὲ ὅτι ὁμολογίας ἤτοι ἐγγύης ἐκτιθέμενης ὑπὲρ τοῦ προσώπου αὐτοῦ τοῦ ἐναγομένου (περὶ γὰρ εαυτοῦ ἢ δίδωσιν ἐγγυητήν, ἢ ὁμολογίαν ἐκτίθεται, κατὰ τὰ πρὸ βραχέως εἰρημένα) ἀσφαλιζόμενος ὅτι ἐν τῷ καιρῷ τῆς ἀποφάσεως εὐρεθήσεται ἐν τῷ δικαστηρίῳ· εἰ δὲ μὴ παραγένηται, πάντα παρέξει αὐτός, ἤτοι ὁ τοῦτου ἐγγυητῆς, τὰ τῇ ἀποφάσει περιεχόμενα· εἰ μὴ ἄρα τὴν ἀπόφασιν ἐγκλητος ἤκωρωσεν.

Die Worte des Theophilus zeigen recht deutlich, wie die Verfasser der Institutionen die cautio pro sua persona auffaßten. Ihre cautio iudicatum solui, welche für den Procurator geleistet werden muß, enthält das Versprechen, „procuratorem — in iudicio permansurum et ad finem usque litigaturum ac iudicanda soluturum —.“ Nimmt man davon den letzten Zusatz hinweg, so hat man die cautio pro sua persona, welche der Beklagte selbst leisten muß. Nirgends aber ist auch hier eine eigentliche cautio iudicio sisti, d. h. ein Versprechen, überhaupt vor Gericht zu erscheinen, erwähnt. Und doch muß ein solches Versprechen vor-

116. gekommen sein, denn der Beklagte braucht nicht sofort, wenn ihm die Ladung durch den *Executor* insinuiert wird, den *Procurator* zu bestellen und für ihn *cautio iudicatum solui* zu leisten, sondern er kann vor Gericht kommen und da die Bestellung des *Procurator*, sowie die *Cautionsleistung* vornehmen. Dafür aber, daß er vor Gericht erscheinen werde, mußte er gewiß dem *Executor* Bürgen bringen. Und diese *Cautio* kann nicht verstanden sein unter derjenigen, welche der Beklagte neben der *cautio iudicatum solui pro sua persona* zu bestellen hat, denn diese geht bloß darauf, „se tempore sententiae in iudicio inuentum iri.“ So wird wohl überall an die eigentliche *cautio iudicio sisti* in dem Institutionentitel *De satisfactionibus* nicht gedacht. Wenn übrigens erwähnt ist, die *cautio iudicatum solui* für den *Procurator* könne auch außerhalb des Gerichts bestellt werden, so ist doch jedenfalls anzunehmen, daß damit nicht gesagt sein soll: sie kann außerhalb des Gerichts dem *Executor* bestellt werden. Die Bestellung der *cautio iudicatum solui* setzt einen solennen *Stipulationsact* voraus. Das Versprechen der *solutio iudicati* aber konnte nicht dem *Executor*, sondern mußte dem Gegner geschehen. Der Satz, daß der *Stipulator* zu Gunsten einer dritten Person sich vom *Promissor* nichts versprechen lassen könne, stand zu Justinian's Zeiten noch fest.¹⁾ Wenn daher bei der *cautio iudicatum solui* der *Executor* *Stipulator* gewesen wäre, so würde das Versprechen des Beklagten und seiner Bürgen für den Kläger keine Wirkung gehabt haben. Ein deutlicher Beweis, daß die *cautio iudicatum solui* überall (auch wenn sie außergerichtlich geschah) dem Kläger bestellt wurde. Ebenso mußte die *cautio pro sua persona etc.*, da sie die Stelle der *cautio iudicatum solui* vertrat, überall dem Kläger persönlich geleistet werden. Die *cautio iudicio sisti* aber konnte recht wohl dem *Executor* gegenüber geschehen, weil da der Beklagte nichts Anderes versprach, als daß er einer bestimmten Aufforderung des Gerichts (der *Citation*) gehoramen wolle. Indirect kam freilich die *cautio iudicio sisti* auch dem Kläger zu

¹⁾ Fr. 73 § 4 de R. I. (50. 17), Fr. 11 de O. et A. (44. 7) § 4 I. de inutilib. stipulationib. (3. 19).

Gute; direct entstand nur eine Obligation zwischen dem Executor 116. als Creditor und dem Beklagten als Debitor. Der Executor hatte es übernommen, den Beklagten vor Gericht zu bringen, und so ist es natürlich, daß ihm und nur ihm von dem Letzteren und dessen Bürgen versprochen wurde, der Beklagte werde im Termin erscheinen, und daß, wenn dieß nicht geschah, von dem Stipulator eine Klage ex stipulatu auf das Interesse gegen den Beklagten resp. dessen Bürgen angestellt werden konnte. Das Interesse des Executor aber bestand darin, daß er dem Kläger auf dessen Interesse verhaftet war. So wurde, wenn der Beklagte nicht im Termin erschien, der eigentliche Prozeß dem Executor „angehenkt“, diesen aber mußten die Bürgen, welche er empfangen hatte, vertreten. Daher ist es zu erklären, wenn Justinian, lediglich den Erfolg der ganzen Sache ins Auge fassend, das Verhältniß so auffaßt, als ob die dem Executor bestellte Caution dem Kläger geleistet worden sei¹⁾; er zeichnet aber anderwärts²⁾ die fragliche Caution dadurch aus, daß er sie eine *δικαστική ασφάλεια*, eine dem Gericht geleistete Caution nennt.

In welchen Fällen *satisfactio*, in welchen eine andere Caution zu bestellen, mag für jetzt unerörtert bleiben. Um uns von dem „quotidianus iudiciorum usus“, welchen Justinian erwähnt, ein Bild zu entwerfen, wird es nötig sein, die Geschichte der Gesetzgebung über die Prozeßcautionen seit dem Codex Theodosianus zu verfolgen.

§ 117.

Vierzehn Jahre nach Publication des Codex Theodosianus (a. 452) erließ Valentinian III. eine Constitution³⁾, welche eine für uns sehr merkwürdige Stelle enthält:

§ 14. *Petitorem iubemus, postquam edito actionis genere aduersarium suum tenuit, et ad respondendum coegit, propositae litis probationibus imminere, quoniam ad damnosam iu-*

¹⁾ Nou. 53 pr.

²⁾ Nou. cit. cap. 3 pr. § 2.

³⁾ Nou. VALENT. III. Tit. XXXIII. 1 (HAENEL).

117. dicii observationem quemquam prius non debet ullus attrahere, quam omnia documenta praepararit, quibus exhibitum in disceptatione conuincat. Quod et scitis ueterum principum continetur. Alias, si quis ad iudicium quem uenire compulerit, et eodem in officio, uel fideiussionis uinculo constituto non urgeat, quo intra quattuor menses institutas peragat actiones, et constiterit iudicem causas alias cognouisse, petitor, qui secretarium uitio suo noluit introire, sumptus expensasque restituat, quoniam actoris tergiuersionem esse non conuenit impunitam. Pulsatus his recuperatis ab observationis necessitate, integro petitori negotio, liber abscedat. § 15. Quodsi pulsatus quis adesse neglexerit, euocatus secundum ordinem iuris sententiam excipiat contumacis. Exhibitus sane si de solo pulsatus fuerit, cessante fideiussionis necessitate, periculo negotii observationem se subiturum promittat. In pecuniariis autem causis non nisi pro quantitate debiti, quod fuerit postulatum, praesentiae suae fideiussorem dabit, si maluerit subire conflictum: si tamen eum in his locis, in quibus pulsatus fuerit, patrimonium petitae summae conueniens constiterit non habere.

Bethmann-Hollweg¹⁾ weiß diese Stelle mit der Litisdenunciation nicht zu reimen, und in der That scheinen die Worte „(petitor), postquam edito actionis genere aduersarium suum tenuit, et ad respondendum coegit“ etc. auf eine ganz andere Einleitung des Processes hinzudeuten, als auf diejenige durch Litisdenunciation. Man könnte aber wohl behaupten, es werde im Allgemeinen nur von dem ersten Termine gesprochen, in welchem doch jedenfalls der Kläger seine Klage wiederholen muß, und es sei deshalb von der denuncatio, die als vorhergegangen vorausgesetzt wird, nicht die Rede. Auch könnte man den Ausdruck „edito actionis genere“ auf die denuncatio selbst beziehen, denn es setze ja der Inhalt derselben „ohne Zweifel den Beklagten auch von der Natur des gegen ihn zu erhebenden Anspruchs in Kenntniß“²⁾,

¹⁾ A. a. D. S. 253 Not. 36.

²⁾ C. 6 C. Th. de denunc. (2.4), C. 4 C. Th. de aduoc. fisc. (10. 15).

so daß sie den Zweck der alten actionis editio erfüllte.“¹⁾ Allein 117. es bleiben dann immer noch die Worte bedenklich: „si quis ad iudicium quem uenire compulerit, et eodem in officio uel fideiussionis uinculo constituto non urgeat, quo intra quattuor menses institutas peragat actiones.“ Wenn diese von der Versäumnis des dies fatalis durch den Kläger nach vorgängiger Litisdenunciation handelten, so müßte Letzterer sofort sachfällig werden²⁾, und es wäre unerklärlich, wie gesagt werden kann, es bleibe demselben auch nachher das „negotium integrum“ und er sei nur in die Kosten zu verurteilen. Bethmann-Hollweg³⁾ selbst meint, vielleicht gehe die Stelle auf die Nichtfortsetzung der Sache in einem späteren Stadium. Dieß halte ich nun für entschieden richtig, denn schon aus den ersten Worten der Stelle geht hervor, daß ein Prozeß in der Lage vorausgesetzt wird, wo die Litiscontestation erfolgt ist („[petitor], postquam edito actionis genere aduersarium suum tenuit, et ad respondendum coegit“). Es geht eben an den Beweis. Diesen nun soll der Kläger parat haben und die Entscheidung nicht durch sein Zögern hinausziehen. Im Einzelnen wird bestimmt, daß der Kläger, welcher den Beklagten gezwungen hat, vor Gericht zu erscheinen, wenn er sich, - nachdem der Letztere satisfactio geleistet (darüber unten), nicht bemüht, innerhalb vier Monaten seine schon angestellte Klage durchzuführen, als säumig die Kosten tragen, bezüglich erstatten solle, daß dagegen der Beklagte ohne Rücksicht auf den anhängigen Prozeß frei davongehen möge („pulsatus . . . ab observationis necessitate, integro petitori negotio, liber abscedat“); natürlich Alles nur unter der Voraussetzung, daß die Schuld der Verzögerung nicht an dem Richter liege. Dabei zeigen die Worte: „si quis ad iudicium quem uenire compulerit, et eodem in officio uel fideiussionis uinculo constituto non urgeat“ recht handgreiflich, daß der Beklagte im ersten Termin bereits er-

¹⁾ Bethmann-Hollweg a. a. D. S. 249.

²⁾ SYMMACHUS Ep. X. 52. C. 1 C. Th. de temp. curs. (2. 6). Bethmann-Hollweg a. a. D. S. 250.

³⁾ A. a. D. S. 295 Not. 25.

117. schienen war und sich da sogar durch Bürgenstellung verpflichtet hatte, während der Dauer des Prozesses im Gerichtsbezirk anwesend zu bleiben, resp. zu weiteren Prozeßhandlungen sich finden zu lassen und gehorsam zu erscheinen. Anders kann ich die Worte „in officio uel fideiussionis uinculo constituto“ nicht erklären.¹⁾ Wenn nun bestimmt ist, daß der Kläger „intra quattuor menses institutas peragat actiones“, so heißt dieß nichts Anderes, als: Der Kläger soll innerhalb vier Monaten, nachdem der Beklagte die *satisfactio* bestellt hat, seine Klage durch Beibringung des Beweises durchführen. Befolgt er dieß nicht, so bleibt zwar der Prozeß für ihn in der bisherigen Lage (*integro petitori negotio*), aber er muß die Kosten des bisherigen Verfahrens tragen und der Beklagte kann „ab observationis necessitate . . . liber“ davongehen. Dieser Satz sagt nun: Der Beklagte mag dann von seiner durch *satisfactio* gesicherten Verpflichtung, bis zu Ende des Prozesses im Gerichtsbezirk auszuhalten, befreit sein, oder, mit anderen Worten, die von dem Beklagten geleistete *Cautio* soll nur vier Monate wirksam bleiben. Hat innerhalb dieser Zeit der Kläger den Prozeß nicht weiter gefördert, so ist es dann seine Sache, den Beklagten an Gerichtsstelle zu schaffen; es hat die für den Beklagten durch die *Cautio* eingetretene „*observationis necessitas*“ aufgehört. Daher ist es unrichtig, wenn Bethmann-Hollweg²⁾ unsere Stelle benützt, um zu beweisen, daß bei *contumacia* des Klägers nach Untergang der *Litisdenunciation* „nach Analogie der *extraordinaria cognitio* nur eine *absolutio ab instantia* unter Verurteilung des Klägers in die Kosten eingetreten sei“, denn 1. steht es nicht fest, daß zur Zeit des Erlasses der *Constitutio* die *Litisdenunciation* überhaupt schon untergegangen war; 2. geht die Stelle — wie es Bethmann-Hollweg selbst als möglich zugiebt — nicht auf die *contumacia* des Klägers

¹⁾ „In officio constituto“ heißt: nachdem der Beklagte in dem officium örtlich sichergestellt, d. h. in dem Bezirk, wo die Officialen jederzeit seiner habhaft werden können, festgehalten ist: „uel fideiussionis uinculo“, d. h. sogar durch das Band der Bürgschaft.

²⁾ A. a. D. S. 295.

durch Richterscheinen im ersten Termin, sondern lediglich auf seine 117. Richtigkeit im Vorbringen des Beweises; 3. endlich und hauptsächlich ist nirgends von einer eigentlichen absolutio ab instantia des Beklagten die Rede, vielmehr wird ausdrücklich gesagt, daß der Prozeß¹⁾ für den Kläger im alten Stadium bleiben solle, während der Beklagte von seiner Cautio befreit werde. Ich sehe nach alle dem nicht ein, warum die Stelle sich nicht mit der Litisdenuciation vertragen soll. Doch hege ich allerdings auch die Vermutung, daß zur Zeit des Erlasses der Constitution es wohl schon allgemein Sitte geworden war, die Denunciation immer vor dem competenten Richter in Abwesenheit des Beklagten vorzunehmen, und daß die Benachrichtigung des Beklagten von der geschehenen Denunciation vielleicht mit einer förmlichen Ladung des Richters verbunden war, bei der man nicht immer streng die Beobachtung des *fatale denunciationis* einhielt (s. oben § 93 a. E.). Für die Geschichte der Cautionen aber ist die Verordnung sehr wichtig, weil wir daraus ersehen, daß Valentinian III. vom Beklagten „*satisfactio pro sua tantum persona, quod in iudicio permaneat usque ad terminum litis*“ bestellt haben will.

§ 118.

In dieser Beziehung ist nun namentlich § 15 der Constitution zu beachten. Zunächst wird die *contumacia* des Beklagten rücksichtlich des Erscheinens im ersten Termin erwähnt und dabei auf das bestehende Recht verwiesen. Auffallend ist, daß keine *satisfactio iudicio sisti* vorausgesetzt, sondern bloß gesagt wird:

— *si pulsatus . . . adesse neglexerit, euocatus secundum ordinem iuris sententiam excipiat contumacis.*

¹⁾ *Negotium*. Vgl. über diese Bedeutung von *negotium* ULPIANUS Fr. 10 pr. de offic. Procons. et Leg. (1. 16), Fr. 3 § 8 de negot. gest. (3. 5), Fr. 1 pr., Fr. 3 § 3 de calumniat. (3. 6), Fr. 5 pr. de obseq. par. (37. 15). CALLISTRATUS Fr. 9 vgl. mit IULIANUS Fr. 8 de off. Praes. (1. 18); besonders GAIUS III. 184 vgl. mit 141 und 129. SCAEVOLA Fr. 64 de re iudic. (42. 1).

118. Wäre eine *cautio iudicio sisti* vorhergegangen, so müßte notwendig erwähnt sein, daß der Kläger sich an die Bürgen halten könne.

Weiter heißt es: Der im Termin erschienene Beklagte („*exhibitus*“, offenbar im Gegensatz zu „*si pulsatus . . . adesse neglexerit*“) aber muß, wenn er rücksichtlich eines Grundstücks belangt ist, promissorische Caution leisten: „*periculo negotii observationem se subiturum*.“ *Satisfatio* braucht er, da das Streitobject eine *res immobilis* ist, also nicht davongetragen werden kann, nicht zu bestellen. „*In pecuniariis autem causis*“, d. h. im Gegensatz zu dem Vorhergehenden: In Sachen, wo das Streitobject eine *Mobilie* (*Quantität* und wohl auch *individuelle Sache* [?]) ist, soll der Beklagte einen „*fideiussor praesentiae suae*“ geben, und zwar braucht sich der Bürge lediglich bis zum Betrag der eingeklagten Forderung zu verpflichten. Doch auch in diesem Fall ist die *satisfatio* erlassen, wenn der Beklagte innerhalb des Gerichtsprengels Grundvermögen, welches an Wert der eingeklagten Forderung mindestens gleichkommt, besitzt.

Hier haben wir das, was wir im *Codex Theodosianus* vergeblich suchten, eine neue Cautionsordnung. Es ist dabei einleuchtend und bedarf keines weiteren Beweises, daß überall nicht von dem freiwilligen *vadimonium* resp. der *cautio iudicio sisti* die Rede ist. Vielmehr wird von einer Caution gesprochen, welche der Beklagte im ersten Termin zu bestellen hat. Diese ist aber nicht mehr die alte *cautio iudicatum solui*. Letztere mit ihrer feinen Theorie und complicirten Fassung paßte nicht in die Zeit juristischen Unvermögens und war in Vergessenheit geraten, als man anstatt ihrer dem Kläger überall durch Sequestration des Streitobjects Sicherheit zu verschaffen suchte. Schon *Honorius* war dem allzugroßen Uebergreifen der Sequestration entgegengetreten (s. oben §§ 99 ff.); allein er hatte es unterlassen, neue Regeln über die Cautionsleistung des Beklagten im Prozeß aufzustellen, und so ist es denn erklärlich, daß die Praxis sich in einiger Verlegenheit befand, der man dadurch abzuhelpen sich bemühte, daß man überall, wo die Sequestration verboten war, *Realcaution* durch *satisfatio* bestellen ließ. Dabei hatte man aber

nicht die Kraft und die Kenntniß, zu der alten *cautio iudicatum* 118. solui zurückzukehren, und man begnügte sich damit, den Beklagten lediglich anzuhalten, einen *fideiussor* seiner *praesentia* oder seiner *observatio negotii*, oder mit anderen Worten eine *cautio pro sua tantum persona*, quod in iudicio permaneat usque ad terminum litis zu bestellen. Dabei war das alte Recht in mehrfacher Beziehung nicht beachtet und es mag oft vorgekommen sein, daß sich keine idonei *fideiussores* fanden, welchenfalls man doch wieder zur Sequestration schreiten und den Gewaltthätigkeiten und Bedrückungen der *Executores* freien Lauf lassen mußte. So sieht sich denn Valentinian III. veranlaßt, das verwirrte Verhältniß zu ordnen und durch milde, so weit als möglich dem alten Recht sich anschließende Bestimmungen dem drückenden Zustand ein Ende zu machen.

Daß aber die Bestimmungen Valentinian's noch milder sind, als diejenigen des alten Rechts, erhellt, wenn wir bedenken, daß nach diesem nur die wirklichen *possessores* unbeweglicher Sachen von der *satisfactio* befreit sind, während nach Valentinian überhaupt keine Bürgenbestellung nötig sein soll, sobald das Streitobject ein Grundstück, also z. B. auch wenn der Beklagte nicht *possessor*, sondern nur *detentor nomine alieno* ist. Ferner wird die *satisfactio* bei Geld- und anderen Forderungen überhaupt ausgeschlossen, sobald der Beklagte im Bezirk des Gerichts, wo die Sache anhängig gemacht ist, hinlängliches Grundvermögen besitzt. Bei dem Streit um unbewegliche Sachen soll der Beklagte bloß *promissorische* Caution leisten („— *periculo negotii observationem se subiturum promittat*“), und ebenso wohl auch bei anderen Sachen, sobald er wegen seines Grundvermögens keine Bürgen zu bestellen braucht. Ueberall aber geht die Caution (sowohl die *promissorische*, als diejenige durch Bürgen) bloß auf die *praesentia* oder auf die *observatio negotii*, wobei jedoch zu bemerken, daß bei Bestellung namentlich von *fideiussorischer* Caution auf die Größe des Streitobjects Rücksicht genommen wurde, zweifellos mit Hinsicht auf den möglichen Fall, daß der Bürge anstatt des Beklagten in Anspruch genommen werde. So ist denn bei dieser Caution auch eine gewisse Berücksichtigung des

118. *iudicatum solui* vorhanden, allein die Fassung der *Cautio* selbst differirt weit von derjenigen der *cautio iudicatum solui*. Daß in den einzelnen Fällen, für welche anstatt der *Cautio Sequestration* speciell angeordnet war, diese fortbestand, bezweifle ich nicht. Jene Zulässigkeit der *Sequestration* ist im älteren Recht als Ausnahme zu betrachten. Eine neue Rechtsregel aber hebt die Ausnahmen der alten im Zweifel nicht auf.

§ 119.

Neben der *Cautio* der Novelle Valentinian's III. finden wir aber später auch eine *cautio iudicio sisti* oder, wenn wir sie so nennen wollen, ein *Vadimonium*, welches dem *Executor* nach *insinuirter Ladung* sofort geleistet werden mußte. Bei der *Litisdenunciation* war, wie *Aurelius Victor*¹⁾ ausdrücklich berichtet, das außergerichtliche *Vadimonium* hinweggefallen; es wurde also bei der *denunciatio* von Seiten des Beklagten keine *Cautio* für sein Erscheinen im ersten Termin bestellt. Man bediente sich deshalb anfänglich dieses bequemeren Mittels, den Prozeß einzuleiten, wohl nur solchen Beklagten gegenüber, von denen anzunehmen war, daß sie auch ohne *Cautio* erscheinen würden, während man bei verdächtigen Personen die in *ius uocatio* gebrauchte und sich *Vadimonium* bestellen ließ. So erklärt sich das Fortbestehen des *Vadimonium* neben der *denunciatio*.²⁾ Ich glaube, daß man selbst nach Aufhebung des *ordo iudiciorum priuatorum* die in *ius uocatio* und das *Vadimonium* in den eben erwähnten Fällen noch anwendete; freilich wurde der Gebrauch derselben immer seltener, je mehr die *litisdenunciatio* sich ausbildete und als Regel galt. Es stand die in *ius uocatio* und das *Vadimonium* zur *Denunciatio* in demselben Verhältniß der Anwendung, wie unser Arrestprozeß zur ordentlichen Einleitung des Verfahrens.

¹⁾ De Caes. c. 16. 11: „Legum ambigua mire distincta vadimoniorumque solenni remoto denunciandae litis opperiendaque ad diem commode ius introductum.“

²⁾ Keller, Röm. Civilprozeß § 48 S. 198 Not. 563. Bethmann-Hollweg a. a. D. S. 248.

Daraus erklärt sich, daß selbst in späterer Zeit, wenngleich sehr selten, das *Vadimonium* noch hie und da erwähnt wird¹⁾ und daß bei der *litisdenunciatio* nie *cautio iudicio sisti* des Beklagten vorkommt. Erst als die Vornahme der Denunciation vor dem competenten Richter in Abwesenheit des Beklagten immer häufiger wurde, mag es vorgekommen sein, daß der Kläger, um die langen gesetzlichen Fristen zu umgehen, ohne eigentliche Denunciation den Richter um die Anberaumung eines Termins ersuchte und zugleich die Bitte hinzufügte, den Beklagten aufzufordern, in diesem zu erscheinen. Freilich konnte anfänglich der Beklagte dieses Ansinnen jedenfalls zurückweisen und darauf beharren, daß die gesetzliche Einleitungsform des ordentlichen Verfahrens vorzunehmen sei. Allein in diesem Fall war ja der Kläger befugt, zur *ius uocatio* und zum *Vadimonium* seine Zuflucht zu nehmen, und es wird, um dieser Fatalität zu entgehen, ein besonnener Beklagter lieber der Aufforderung des Richters, in dem anberaumten Termin gegenwärtig zu sein, sich gefügt haben. Er verpflichtete sich daher durch besonderes Versprechen, die von dem Richter bestimmte Tagfahrt zu beobachten, und dieses Versprechen leistete er, wie natürlich, dem Unterbeamten des Richters, der ihm die richterliche Aufforderung überbrachte. So entstand denn wieder eine zunächst nur freiwillige Cautio bei der Einleitung des Verfahrens. Da sich aber diese Einleitungsform durch Bequemlichkeit und Kürze auszeichnete, wurde sie bald sehr gebräuchlich. Man gewöhnte sich, die Aufforderung des Richters als förmliche Ladung anzusehen, und sie ging auch bald in eine solche über. Das anfängliche freiwillige Versprechen, im anberaumten Termin zu erscheinen, wurde ein notwendiges, also eine *cautio necessaria*, auf die man die von den prozeßualischen Cautionen im Allgemeinen geltenden Grundsätze anwendete. So wuchs die Einleitung des Verfahrens durch *litisdenunciatio* in diejenige Einleitungsart hinüber, die wir im Justinianischen Recht finden. Doch kommt es uns urkundlich nicht zur Anschauung, in

¹⁾ J. B. Moss. et Romm. LL. collatio II. 6, 1. Vgl. auch APULEIUS Met. III. 12; III. 18; VIII. 22; X. 4 (HILDEBRAND). AMMIANUS MARCELLINUS XXX. 4.

119. wie weit dieser Uebergang ein bloßes Product des Gewohnheitsrechts und Gerichtsgebrauchs war und in wie weit kaiserliche Constitutionen unterstützend einwirkten. Die in dem Folgenden zu betrachtenden Constitutionen setzen schon überall die neue Einleitungsform voraus.

§ 120.

Im Codex Iustinianus befindet sich eine Reihe von Verordnungen früherer Kaiser, welche sich auf die neuere cautio iudicio sisti, sowie auf die andere neue prozessualische Caution, die wir kennen lernten, beziehen. Dahin gehören zunächst:

C. 25 § 1 de episcopis (1. 3):

Imp. MARCIANUS A. Constantino PP. Memorati autem reuerendissimi clerici orthodoxarum ecclesiarum, quae sub uiro religiosissimo antistite huius inclytæ urbis sunt, in causa, in qua uel ipsi, uel procuratores, quos pro se dederint, sententiarum tuarum auctoritate pulsantur, executoribus, per quos coeperint conueniri, fideiussorem sacratissimæ huius urbis ecclesiae oconomum uel defensorem praebeant, qui usque ad quinquaginta libras auri fideiussor existat. Ipse uero reuerendissimus oconomus almae huius urbis ecclesiae, lite pulsatus, fideiussorem pro se non praebeat, utpote qui et aliorum clericorum fideiussor futurus est, sed fidei suae committatur. Quodsi lis diuersorum (excepto reuerendissimo oeconomo) clericorum, quae agitanda sit, memoratam summam uideatur excedere, clericus lite pulsatus det executori pro residua quantitate cautionem suam, cui nullum tamen insertum erit iusiurandum, quia ecclesiasticis regulis et canone, a beatissimis episcopis antiquitus instituto, clerici iurare prohibentur. Dat. VIII . . . April. Varane et Ioanne Coss. [456].

C. 33 [32] § 2 eod.:

Imp. LEO et ANTHEMIUS Erythrio PP. Praeterea quum in prouinciis ex eius, qui regit prouinciam, fuerint sententia uel interlocutione conuenti, siue illi sacerdotes, siue cuiuscunque gradus clerici, siue monachi habeantur, dummodo approbentur orthodoxi, qui in propriis causis contractibusue pulsantur, non

alios, quam ecclesiae propriae defensores, seu quos oecono- 120.
mos appellant, fideiussores praebeant, ne, dum executoris pertinax et auara proteruitas extraneos et idoneos fideiussores flagitat, multiplex innoxiae paupertati infligatur incommodum.¹⁾

Die erste dieser Verordnungen handelt von der dem Executor zu leistenden cautio iudicio sisti und beweist uns, daß schon zu Marcian's Zeiten die neue Einleitungsart des Prozesses angewendet wurde. Etwas Näheres aber erfahren wir über unsere Cautio nicht, außer daß „clerici orthodoxarum ecclesiarum, quae sub uiro religiosissimo antistite inclytæ urbis (*Constantinopol.*) sunt“ insofern privilegiert werden, als für sie der oeconomus der (Constantinopolitanischen) Kirche als tauglicher Bürge anerkannt wird, und insofern durch diesen nur bis zu fünfzig Pfund Goldes Bürgschaft zu gewähren ist; rücksichtlich des Ueberschusses braucht nur nuda repromissio geleistet zu werden; der oeconomus selbst wird von der satisfactio ganz befreit. Wir können aus dieser Constitution höchstens entnehmen, daß im Allgemeinen die Höhe der Cautio sich nach dem Betrag des Streitobjects richtete. Die Worte „sententiarum tuarum auctoritate pulsantur“ sind auf die richterliche Entscheidung zu beziehen, durch welche, auf eingereichte Klage, Citation des Beklagten anbefohlen worden ist.

Die zweite der Constitutionen dehnt das geschilderte Privilegium der Constantinopolitanischen Cleriker auch auf die orthodoxen Cleriker der Provinzen aus, indem für diese die oeconomi ihrer Kirche immer taugliche Bürgen sein sollen. In den Worten „quum . . . ex eius, qui regit prouinciam, fuerint sententia uel interlocutione conuenti“ ist sententia und interlocutio jedenfalls gleichbedeutend. Der Kaiser braucht erst den Ausdruck sententia, corrigirt sich aber gleichsam, indem er hinzufügt: uel interlocutione.

¹⁾ Die Subscription dieser Constitution ist verloren, doch scheint sie, ihrer Stellung zwischen den unter das Consulat des MARCIANUS und ZENO fallenden CC. 31 und 35 tit. eiusd. gemäß, ebenfalls in jenes Consulat, also in das Jahr 469 zu gehören. Vgl. A. HERRMANN in seiner Ausgabe des Cod. Justin. ad h. l.

120. Der § 3 der Constitution spricht von der *cautio iudicio sisti*, wenn Cleriker der Provinz in Constantinopel anwesend sind und da verklagt werden.

§ 121.

Eine weitere Spur der *cautio iudicio sisti* begegnet uns in C. 4 de castrensib. (12. 26) von den Kaisern Leo und Zeno (also jedenfalls aus dem Jahr 474). Die Constitution ist an den *magister officiorum* Marcianus gerichtet und enthält im Pr. eine Bestimmung über den Gerichtsstand mancher in einem besonderen, uns aber nicht bekannten Anhang zu dem Gesetz näher bezeichneten („*quorum officia sigillatim brevis subter annexus continet*“), zum kaiserlichen Hofdienst bestimmten Officialen eines höheren oder niederen, mit eigener Jurisdiction versehenen kaiserlichen Beamten.

Dann heißt es:

§ 1. Sed ne in hoc ipso iudicio enormiter molestentur dispendiis, uel ex nudis conueniantur facile iudicis cuiuscunque mandatis, ipsis quoque sportulis et fideiussionibus modum constituimus obseruandum, ante omnia decernentes, ne quando sine scriptura uel interpellatione deposita, ac sententia prorogata tuae magnitudinis, eademque non edita, conueniri, possint, conuentos uero non alium fideiussorem, nisi actuarium uel unum ex primatibus suae scholae exsecutoribus pro responsione suae personae sine scripto praestare, siue per se ipsos, siue per procuratorem datum in iudicio responsuri sunt, et siue in causis ciuilibus appetantur, siue in criminalibus accusentur.

Hier wird folgender Prozeßgang anbefohlen: Es soll eine schriftliche Klage¹⁾ eingereicht und darauf eine *sententia*, d. h. ein Interlocut des Richters (jedemfalls über die Zulässigkeit der Klage resp. des Vorladungsbefehls) erfolgen. Der so Belangte muß dem Executor Bürgen geben „pro responsione suae personae.“

¹⁾ Interpellatio heißt oft Klage. Vgl. z. B. PAULLUS Fr. 23 de iudiciis (5. 1). Imp. CONSTANTINUS C. 3 si propter publicas pensationes (4. 46). Imp. IUSTINIANUS C. 20 de donationib. (5. 3). Imp. ZENO C. 17 de dignitatibus (12. 1).

Das war jedenfalls zu Zeno's Zeiten der ordentliche und gewöhnliche Prozeßgang, diesem blieben auch die betreffenden Officialen unterworfen; nur in Bezug auf die Idoneität gewisser Bürgen werden sie privilegiert, ebenso wie oben die clerici. Von Wichtigkeit aber ist für uns, daß die Cautionsbestellung dem Executor gegenüber geschah pro responsione suae personae, d. h. daß sie darauf gerichtet war, daß der Beklagte zur Litiscontestation erscheinen wolle, keineswegs aber darauf, daß er bis zu Ende des Prozeßes im Gerichtsprengel ausharren und Gerichtsfolge leisten werde.

In den folgenden Paragraphen der Constitution wird noch mehrere Male der cautio iudicio sisti gedacht, doch beziehen sich diese Erwähnungen nicht auf den Inhalt der Caution, sondern wieder auf die Idoneität der Bürgen, bezüglich darauf, daß in gewissen Fällen anstatt der Satisfaction cautio iuratoria genügen soll.

§ 122.

In ähnlicher Weise wird in einer Constitution Zeno's vom Jahr 484 von der cautio iudicio sisti gesprochen.

C. 8 de principib. agentium in rebus (12. 22):

— nullasque iisdem (*principibus scholae agentium in rebus*) concussionones aut uexationes in praebendis fideiussoribus ingeri, sed eos fideiussores, quos locorum defensor existimauerit, dare, ita uidelicet, ut pro tenore generalium edictorum hi, qui uel in sacratissima urbe uel in prouinciis immobiles possident facultates, adiuratoriae cautioni et substantiae suae credantur. Hoc etiam adiiciendo, ut nunquam nisi ex sententia in scriptis prolata penitus moneantur.

Ebenso in einer Constitution desselben Kaisers, welche der subscriptio entbehrt und daher nur zwischen 475 und 491 gesetzt werden kann:

C. 3 de priuilegiis scholarum (12. 30):

Quoties super causa ciuili uel etiam criminali, ex sententia uidelicet iudicii tui culminis, scholares uel eorum coniuges (siue adhuc uiuent mariti, siue post mortem eorum in uidui-

122. tate constitutae sunt), matresue eorum in uiduitate permanentes, aut liberi, qui non specialiter alterius iudicis iurisdictioni subiectam conditionem sortiti sunt, et serui ad eos pertinentes conueniuntur, minime eos easue extranei fideiussoris exactione uexari, sed pro consuetudine uetustissima et iugiter obseruata numerarium suae scholae fideiussorem praebere iubemus. — § 3. — — Hoc etiam adiciendo, ut, qui acceptis commeatibus ad prouincias profecti fuerint, usque ad quinque mensium spatium, intra quod ipsis erit remeandi licentia, nullam penitus actionem, super ciuili uidelicet negotio (exceptis criminibus et tributariis functionibus) sustineant. Ne tamen ibi quoque, post quinque scilicet commeatus menses, ex sententia iudicii tuae magnitudinis conuenti in exigendis fideiussoribus aliquod sentiant detrimentum, adiuratoriae eos cautioni iubemus committi.

§ 123.

Noch gehört hierher eine griechische Constitution vom Jahr 530, welche uns zwar nicht wörtlich, aber in einem, wie es scheint, ziemlich genauen Auszug der Basiliſten¹⁾ erhalten ist.

C. 4 § 1 de sportulis (3. 2):

Μήτε δὲ προφάσει ἐγγυῶν ἀλόγως ζημιούσθωσαν οἱ ὑποτελεῖς παρὰ τῶν πρακτῆρων, ἢ ὑπὲρ στάσεως ἐντολέως. Ἀλλ' εἰ μὲν ἀκίνητον κτῆσιν ἔχουσιν, ἐξωμοσίας ἐκτιθέσθωσαν γραμματεῖον, εἰ δ' οὐκ ἔχουσιν, ἐγγυητὴν ἕως πεντήκοντα χρυσίου λιτρῶν παρεχέτωσαν ἀξίμιον. Ἀμφιβολίας δὲ γινομένης περὶ τοῦ πρόσωπον τοῦ ἐγγυητοῦ, ἢ περὶ τοῦ ὕφους, τῆς ἐξωμοσίας, παρὰ τῷ ἐπισκόπῳ τῆς πόλεως καὶ τῷ πατρὶ καὶ τῷ ἐκδίκῳ τὰ περὶ τούτου κρινέσθω, ἀνάγκην ἔχοντος τοῦ πρακτῆρος δέχεσθαι τὸν κρινόμενον ἀξιόπιστον ἐγγυητὴν, μηδὲν ὑπὲρ τοῦ ἐγγυητοῦ ἢ τῆς ἐξωμοσίας κομιζόμενον. Ἐὰν δὲ ἐκ θείας κελεύσεως ἢ μεγίστης προστάξεως ἐπιτραπείη πάντως τὸ πρόσωπον ἀναγαγεῖν, καὶ μὴ καταπιστεῦσαι αὐτὸ ἐγγυητῇ, τότε ἐξέστω αὐτῷ μὴ λαμβάνειν ἐγγυητὴν, ἀλλὰ διάγειν τὸ πρόσωπον

¹⁾ Basil. VII. 6, 20 (HEIMB. T. I p. 289). Vgl. CUIACIUS Obs. XII. 22.

ἀζημίως καὶ μετὰ πάσης φειδοῦς. Ὁ δὲ Θεοφιλὴς τῶν 123. τόπων ἐπίσκοπος ἐὰν συγχωρήσῃ παραβαδῆναι τὸν νόμον, ἢ μὴ μὴνύσῃ κατὰ τοῦ παραβαίνοντος, καὶ τῷ Θεῷ προσκρούει, καὶ βασιλικῆς πειραδῆσεται κινήσεως. Ὁμοίως δὲ καὶ ὁ ἀρχὼν τῆς ἐπαρχίας, εἰ ῥαθυμήσῃ τοῦ νόμου, καὶ παύεται τῆς ἀρχῆς, καὶ δημευθεὶς διηνεκῶς ἐξορίζεται.

Im pr. der Constitution waren über die Einleitung des Verfahrens Regeln gegeben, ähnlich wie in Nou. 53. Dann heißt es: Provinzialen, welche Grundbesitz haben, sollen bloß iuratorische Caution, Provinzialen ohne Grundbesitz sollen einen Bürgen bis zu dem Betrag von fünfzig Pfund Goldes stellen. Damit ist jedenfalls die dem Executor zu leistende cautio iudicio sisti gemeint. Streitigkeiten über die Idoneität der Bürgen oder über die Fassung der iuratorischen Cautionformel sollen von dem Bischof und dem Defensor der Stadt entschieden werden. Nur wenn ein kaiserlicher Befehl vorliegt, den Beklagten mit persönlicher Haft zu belegen, soll der Executor nicht verbunden sein, Bürgen für die Person des Beklagten anzunehmen; doch soll der persönliche Arrest mit aller Mäßigung und Schonung vollzogen werden.

Die Bischöfe sind beauftragt, über die strenge Beobachtung dieses Gesetzes zu wachen und Contraventionen dagegen anzuzeigen. Ebenso wird auch den Praesides provinciarum eingeschärft, von demselben nicht abzuweichen.

Durch diese Verordnung wird unsere Kenntniß nur in Bezug auf die Anwendung der Cautionsmittel gefördert. Als etwas Neues tritt uns der Personalarrest entgegen, welcher diuina iussione aut summa praeceptione angeordnet werden konnte.

Rücksichtlich der Notwendigkeit von Bürgenstellung bis zu fünfzig Pfund Goldes ist noch zu erwähnen eine in unbekannter Zeit, jedenfalls aber nach 382¹⁾ erlassene Constitution, welche ebenfalls nur im Auszug der Basiliken²⁾ auf uns gekommen ist:

C. 8 § 7 de delatorib. (10. 11):

Τοὺς δὲ καταγγελλθέντας, ἐὰν μὲν τὰ παρ' αὐτῶν κατεχό-

¹⁾ Aus diesem Jahr ist C. 6 de delatorib. (10. 11), die letzte Constitution mit bekanntem Datum, welche der C. 8 eod. vorhergeht.

²⁾ Basil. LVI. 7, 8 (HEIMB. T. V p. 161).

123. μενα πράγματα, ἥτοι ἡ οὐσία πᾶσα ἐλάττων εἴη τῶν πεντήκοντα τοῦ χρυσίου λιτρῶν, πρὸς τὴν διατίμησιν αὐτῶν τὰς ἐγγύας διδόναι· εἰ δὲ ὑπερβαίνει τὰς πεντήκοντα λίτρας, ἄχρι μὲν τῶν πεντήκοντα παρέχειν καὶ αὐτοῖς τὰς ἐγγύας. Ἐπὶ δὲ τῇ λοιπῇ ποσότητι διόμνυσθαι προστιθέντας ἐν τῇ ἔξομοσίᾳ, ὡς προσεδρεύσωσι τῷ δικαστηρίῳ αὐτοὶ, ἣ οἱ τούτων ἐντολῆς, καὶ οὐκ ἀπολειφθήσονται τοῦ δικαστηρίου τῶν θείων ἰδικῶν τοῦ βασιλέως. Ἐὰν δὲ μὲν τὴν ἔξομοσίαν ἀπολειφθέντες τρίτον κληθεῖεν, ἑκάστης κλήσεως ὑπὲρ δέκα ἡμέρας γενομένης, γένηται δὲ καὶ τρία κατ' αὐτῶν κηρύγματα, καὶ μήτε οὕτως φανεῖεν αὐτοὶ, ἣ οἱ ἐντολῆς αὐτῶν, ἣ διεκδικηταί, ἐπιβαινέτω μὲν τοῖς πράγμασι τὸ ἱερώτατον ταμεῖον, φυλάττεσθαι δὲ τὸ ἀπόκριτον τοῖς ἀπολιμπανομένοις.

Die ganze Constitution handelt nur von Denjenigen, welche fiscalische Güter besitzen und auf geschehene Denunciation von dem *aduocatus fisci* belangt werden. Wenn das Streitobject weniger als fünfzig Pfund Goldes an Wert beträgt oder das Vermögen des Beklagten überhaupt noch nicht diesen Betrag erreicht, sollen Bürgen bis auf den Betrag der ästimirten Summe, wenn aber der Streitgegenstand fünfzig Pfund Goldes oder mehr beträgt, müssen Bürgen gerade auf fünfzig Pfund Goldes bestellt werden. Rückfichtlich des Ueberschusses ist iuratorische Caution zu leisten. Die letztere Caution soll den Zusatz enthalten:

ὡς προσεδρεύσωσι τῷ δικαστηρίῳ αὐτοὶ, ἣ οἱ τούτων ἐντολῆς, καὶ οὐκ ἀπολειφθήσονται τοῦ δικαστηρίου τῶν θείων ἰδικῶν τοῦ βασιλέως.

Diese Worte bezeichnen nicht zwei verschiedene Dinge, sondern sie enthalten bloß das Versprechen des Beklagten: daß er oder sein Procurator vor Gericht anwesend sein und demselben sich nicht entziehen werde, also das Versprechen, „se aut procuratorem in iudicio permansurum et ad finem usque litigaturum.“ Es handelt daher diese Constitution nur von der in den Institutionen erwähnten, an die Stelle der *cautio iudicatum solui* getretenen Caution, nicht aber von der *cautio iudicio sisti*. Dieß geht aus dem ganzen Zusammenhang der Constitution hervor,

indem offenbar von einem schon zur wirklichen Litispensenz ge- 123.
kommenen Prozeß gesprochen wird, in welchem Verhandlungen
über die Größe des Streitobjects und des Vermögens des Beklag-
ten vorhergegangen sind, während ja die *cautio iudicio sisti* auf
einseitiges Andringen des Klägers geleistet wird und nur auf das
Erscheinen in dem ersten, schon anberaumten Termin gerichtet ist.¹⁾

§ 124.

Wenn sich nun nicht läugnen läßt, daß die beiden Cau-
tionen, welche wir oben kennen lernten, in den ausgeführten Stel-
len nicht recht deutlich voneinander gehalten werden, so hat das
seinen Grund darin, daß sich, wie aus Nou. 53 hervorgeht, die
Praxis um die Theorie wenig kümmerte und der Bequemlichkeit
wegen wohl oft nur die zweite Caution forderte, und zwar gleich
bei der Ladung durch den Executor, ebensogut wie es vorkam,
daß der Beklagte ohne Weiteres exhibirt, d. h. vor Gericht geführt
wurde. Dieser schlimme Zustand der Praxis wirkte verwirrend
auf die Gesetzgebung und wir finden so meistens bloß eine Cau-
tion erwähnt, wo von mehreren die Rede sein sollte.

Das zur Zeit des Erlasses der Justinianischen Rechts-
bücher geltende Recht aber war nach dem Vorhergehenden fol-
gendes:

1. Der Beklagte mußte regelmäßig zwei successiv aufeinander
folgende Cautionen bestellen,
- a. die *cautio iudicio sisti*²⁾, welche dem Executor dafür ge-

¹⁾ Vgl. noch IUSTINIANUS C. 26 § 6 de episcopal. audient. (1. 4) a. 530.

²⁾ Daß diese Caution zur nämlichen Zeit auch im ehemaligen westlichen
Reich angewendet wurde, beweist Edict. Theodorici c. LXXIII (Ed. Rhon):
Auctoritates quorumlibet iudicum, uel praecepta cuiuslibet sedis ac potesta-
tis, sola publica seruata ciuilitate exequantur officia: et conuentum suf-
ficiat promittere, se ad iudicem esse uenturum, nihil ultra prae-
sumat apparitor. Vgl. auch Consultatio c. 6, Lex Rom. Burg. tit. II, West-
gothische Interpretation ad CC. 1. 4. 6 C. Th. de denunc. (2. 4). Die letz-
teren Stellen freilich beweisen ohne specielle Erwähnung der Caution nur im
Allgemeinen, daß die Litisbenunciation in den betreffenden Ländern nicht mehr
gebräuchlich war.

121. leistet wurde, daß der Beklagte zum ersten Termin erscheinen werde,
 h. die von dem Beklagten im ersten Termin aufzumachende cautio pro sua persona, quod in iudicio permaneat usque ad terminum litis.

2. Diese beiden Cautionen stehen, was die Höhe derselben, Cautionsmittel u. anbetrifft, wesentlich unter denselben Grundsätzen. Diese aber sind:

- a. als Regel wird anerkannt, daß fideiussorische Caution zu bestellen ist;
 b. nur Besitzer unbeweglicher Sachen, und in einem Streit um Grundstücke auch Beklagte, die Nichtbesitzer sind, brauchen bloß durch nuda repromissio zu caviren;
 c. die Höhe der Cautionen richtet sich nach dem Betrag des Streitobjects und wird durch den Richter bestimmt, doch soll
 α. der Bürge sich bloß bis zu dem Betrag von fünfzig Pfund Goldes verpflichten und
 β. rücksichtlich des Ueberschusses iuratorische Caution geleistet werden.

§ 125.

Es fragt sich nun, was geschah, wenn die zur Bestellung der Cautionen Verpflichteten sich bösslich weigerten oder nicht im Stande waren, dieselbe (z. B. die Bürgen) aufzubringen? Bethmann-Hollweg¹⁾ behauptet, es trete dann Realcitation ein, d. h. der Beklagte müsse dem Executor folgen und werde von ihm bewacht oder im gerichtlichen Gefängniß gehalten; nur Frauen und gewisse privilegierte Personen seien davon befreit. Die Unrichtigkeit dieser Behauptung ergiebt sich aus einer Prüfung der Stellen, auf welche sich der angeführte Schriftsteller beruft:

C. 2 C. Th. de exsecutorib. C. 1 C. I. de sportulis
 (8. 8): (3. 2):

Imppp. GRATIANUS, VALENTINIA- Imppp. GRATIANUS, VALENTINIA-

¹⁾ A. a. D. §§. 257. 258.

NUS et THEODOSIUS AAA. ad Potitum, Vicarium. Quisquis fuerit exhibitus, usque ad negotii terminum ab eo, cui primum traditus fuerat, observari eum apparitore decernimus; si qua praesumptione fuerit haec mansuetudinis nostrae posthabita praeceptio, primiscrinio, qui iussa temeraverit, quinque librarum auri condemnatione mulctando. Dat. VIII Kal. Nou. Ausonio et Olybrio Coss. [379].

C. 3 C. Th. de exactionib. (11. 7):

Imp. CONSTANTINUS A. ad Populum. Nemo carcerem plumbatarumque uerbera aut pondera aliaque ab insolentia iudicum reperta supplicia in debitorum solutionibus uel a peruersis uel ab iratis iudicibus expauescat. Carcer poenaliū, carcer hominum noxiorum est, officialium et, cum denotatione, eorum iudicum, quorum de officio coerciti citatiores esse debebunt, qui contra hanc legem admiserint. Securi iuxta eam transeant solutores: uel certe, si quis tam alienus ab humano sensu est, ut hac indulgentia ad contumaciam abutatur, contineatur aperta et libera et in usus

Muther, Equestr.

NUS et THEODOSIUS AAA. ad 125. Potitum, Vicarium. Quisquis fuerit exhibitus, usque ad negotii terminum ab eo apparitore, cui primum traditus fuit, observari eum decernimus; si qua praesumptione fuerit haec mansuetudinis nostrae posthabita praeceptio, primiscrinio, qui iussa temeraverit, quinque librarum auri condemnatione mulctando. Dat. Kal. Iul. Mediolani, Ausonio et Olybrio Coss. [379].

C. 2 C. I. de exact. trib. (10. 19):

Imp. CONSTANTINUS A. ad Populum. Nemo carcerem plumbatarumque uerbera aut pondera aliaque ab insolentia iudicum reperta supplicia in debitorum solutionibus uel a peruersis uel ab iratis iudicibus expauescat. Carcer poenaliū, carcer hominum noxiorum est et officialium et, cum denotatione, eorum iudicum, quorum de officio certiores esse debebunt, qui contra hanc legem admiserint. Securi iuxta Praesidem transeant solutores; uel certe, si quis tam alienus ab humano sensu est, ut hac indulgentia ad contumaciam abutatur, contineatur aperta et libera et in usum

125. *hominum constituta custodia militari. Si in obdurata nequitia permanebit, ad res eius omnemque substantiam ciues eius accedant, solutionis obsequio cum substantiae proprietate suscepto. Qua facultate praebita, omnes fore credimus praeiores ad soluenda ea, quae ad nostri usus exercitus pro communi salute poscuntur. Dat. Kal. Febr. Constantino A. VI. et Constantino C. Coss. [320].*
- hominum instituta custodia militari. Si in obdurata nequitia permanebit, ad res eius omnemque substantiam exactor accedat, solutionis obsequio cum substantiae proprietate suscepto. Qua facultate praebita, omnes fore credimus praeiores ad soluenda ea, quae ad nostri usus exercitus pro communi salute poscuntur. Dat. Kal. Februar. Constantino A. VI. et Constantino C. Coss. [320].*

Gegen die Beweiskraft dieser Stellen für die Bethmann-Hollweg'sche Behauptung erregt schon der Umstand Verdacht, daß Beide in eine Zeit fallen, wo die Einleitung des Verfahrens durch Litidenunciatio in voller Blüte stand. Und in der That sagt weder die erste Stelle etwas davon, daß der *Executor* den die *cautio iudicio sisti* nicht leistenden Beklagten vorführen und dann in gerichtlichem Gewahrsam halten soll, denn sie spricht nur von einem *exhibitus*, welcher von dem *apparitor* zu bewachen ist, und es wäre überall eine *petitio principii*, wenn angenommen würde, der *exhibitus* habe die *cautio iudicio sisti* nicht geleistet und sei deshalb vorgeführt worden; noch ist in der zweiten Stelle irgend eine allgemeine Prozeßregel enthalten, vielmehr handelt dieselbe, wie schon aus ihrer Stellung im Titel *de exactione resp. de exactoribus tributorum* und namentlich aus den letzten Worten, „*omnes fore credimus . . . poseuntur*“, zu entnehmen ist, lediglich von der Beitreibung des *tributum* und anderer Steuern. Bei Steuerforderungen des *Fiscus* aber war Verhaftung der Schuldner niemals gesetzlich zulässig; sie konnte nur in Folge des übertriebenen Dienstzeifers der Beamten eintreten, welchem eben durch jene Constitution vorgebeugt werden soll.¹⁾

¹⁾ Savigny, Verm. Schriften Bd. 2 S. 455.

§ 126.

Ferner führt Bethmann-Hollweg auch C. 6 (rest.) de 126: custodia reor. (9. 4) für sich an. Der Wortlaut dieser Justinianischen Constitution ist uns verloren gegangen, wir besitzen nur einen Auszug davon in den Basiliken.¹⁾ Dieser spricht überall nur von Gefangenhaltung eines Angeschuldigten wegen Polizei- oder Kriminalvergehens, nirgends aber von einer Einlieferung wegen nichtgeleisteter cautio iudicio sisti in Civilsachen. Freilich ist uns auch noch das Schol. y ad Bas. l. c.²⁾ geblieben, welches den Inhalt der §§ 2, 3, 4 der Constitution angiebt. Die für uns wichtigste Stelle desselben ist:

§ 3. Ὁ ἐν εἰρητῇ πληθεὶς διὰ χρηματικὸν ἐλεύθερος ἀπολύεσθω, παρέχων ἑγγύας· εἰ δὲ ἀπορεῖ ἑγγυῶν, τεμνέσθω εἰς αὐτὸν ἡμερῶν τὸ κατ' αὐτόν, καὶ ἀπολύεσθω. Ἐὰν δὲ πλείονος χρόνου τὸ πρᾶγμα δέηται, τότε ἐξωμοσίᾳ καταπιστευέσθω μέχρι πέρατος τῆς δίκης· εἰ δὲ μετὰ τὴν ἐξωμοσίαν ἀπολειφθῇ πρὸ περαιώσεως τοῦ ζητουμένου, ἐκπιπτετω τῶν οὐκείων πραγμάτων.

Aber auch hier wird — obwohl von einem im Civilproceß mit Haft belegten Schuldner die Rede — nirgends gesagt, daß der Executor, sobald die cautio iudicio sisti nicht geleistet werde, den Beklagten abführen und inhaftiren könne. Vielmehr ist die Möglichkeit vorausgesetzt, daß der Inhaftirte noch Bürgen beizubringen vermöge, eine Möglichkeit, auf die kaum Rücksicht genommen zu werden brauchte, wenn der Beklagte eben deshalb, weil er keine Bürgen für die cautio iudicio sisti zu finden vermochte, inhaftirt worden wäre.

Auch Stellen wie C. 1 C. Th. de off. iud. omni. (1. 22 [19]) von Constantin a. 316 (Vgl. C. 1 C. I. de offic. dijversor. [1. 48]), Nou. 134 c. 9 a. 556, C. 3 § 6 C. I. de aduoc. diu. iudic. (2. 8) von Anastasius a. 505, C. 5 § 6 eod. von Demetrian a. 517, C. 6 C. I. de professorib. et med. (10. 52) von

¹⁾ LX. 35, 22. (HEIMB. T. VII p. 589).

²⁾ HEIMB. T. VII p. 595.

126. Constantin a. 321¹⁾ beweisen nichts für Bethmann-Hollweg, da, trotz der überall hervortretenden Voraussetzung der Zulässigkeit von Personalarrest in Zivilsachen, nirgends auch nur eine Andeutung zu finden ist, daß, sobald der Beklagte die gesetzliche cautio iudicio sisti nicht geben könne, Realcitation sofort einzutreten habe.

§ 127.

Ich sehe mich daher genötigt, der Schuldhast im Römischen Recht eine ganz andere Stellung zu vindiciren, wie Bethmann-Hollweg. Ueberall, wo wir derselben begegnen, wird für die Zulässigkeit überhaupt ausdrücklich ein vorhergegangener Befehl eines höheren Beamten oder des Kaisers selbst vorausgesetzt. Besonders tritt dieses hervor in:

C. 1 C. Th. de off. iud. omn. (1. 22) (Vgl. C. 1 C. I. de off. diu. iud. [1. 48]):

Imp. CONSTANTINUS A. ad Domit. Celsum Vicarium. Nemo iudex officialem ad eam domum, in qua materfamilias agit, cum aliquo praecepto existimet esse mittendum, ut eandem in publicum protrahat, cum certum sit, debita eius, quae intra domum, considerato sexu, semet contineat, domus eius uel cuiuscunque rei habita distractione, publicis necessitatibus posse seruari. Quodsi quis in publicum matremfamilias posthac crediderit protrahendam, inter maximos reos, citra ullam indulgentiam, capitali poena uel exquisitis potius exitiis suppliciisque plectatur. Dat. III Id. Ian. Treuiris, Sabino et Rufino Coss. [316].

Selbst in C. 3 C. Th. de exact. (11. 7) supr. cit., die von Beitreibung von Steuern handelt, wird ebenfalls ein richterlicher Arrestbefehl vorausgesetzt, denn die im Eingang getroffenen liberalen Bestimmungen sind gegen die insolentia iudicum gerichtet. Rückichtlich der C. 2 C. Th. de executor. (8. 8) cit.

¹⁾ Dabei ist zu bemerken, daß die Worte, auf welche Bethmann-Hollweg sich bezieht, in der entsprechenden C. 3 C. Th. de medicis (13. 3) fehlen, also im C. I. interpolirt sind.

supr. ist schon oben erwähnt, daß darin Exhibition des Be- 127.
 klagen vorausgesetzt ist, daß aber keineswegs gesagt wird, wie
 diese Exhibition geschehen, und daß kaum anzunehmen, der
 Executor habe sie auf ausdrücklichen richterlichen Befehl vorge-
 nommen.

In C. 3 § 6 C. I. de aduoc. diuersor. iudic. (2. 8) heißt es:
 — — ipsos, qui fisci patronatum iam deposuerunt uel postea
 deposuerint, minime cuiuslibet actus publici sollicitudinem
 nolentes subire compelli, nec exhibitionis seu deductionis
 onere, nisi speciali auctoritate nostra, molestari, et in prouin-
 cia incusandos, per sententiam uiri spectabilis, comitis Orien-
 tis, utpote competentis iudicis, conueniri atque litigare decer-
 nimus.

Dieser Satz findet sich wörtlich in der C. 5 § 6 eod. wieder,
 nur daß die letzten Worte so umgeändert sind, daß anstatt „per
 sententiam uiri spectabilis, comitis Orientis, utpote competentis
 iudicis“ etc. steht: „per sententiam uiri clarissimi, prouinciam, in
 qua degunt, moderantis, utpote competentis iudicis“ etc. Im
 Wesentlichen aber ist übereinstimmend angeordnet, daß Diejenigen,
 welche das Amt eines aduocatus fisci verwaltet haben, bloß auf
 Specialbefehl des Kaisers exhibirt oder deducirt, d. i. realiter citirt
 werden sollen. Da hierin ein besonderes Privilegium liegen soll,
 kann man schließen, daß in dieser Beziehung nicht privilegierte
 Personen auch auf Befehl ihres competenten Richters exhibirt
 werden konnten. Nirgends aber ist eine Andeutung, daß jeder
 Executor, sobald ihm die cautio iudicio sisti nicht geleistet wurde,
 ohne Weiteres zur deductio habe schreiten können.

Rücksichtlich der Justinianischen Verordnungen, welche sich
 auf die exhibitio beziehen, läßt sich die Priorität der Bestimmun-
 gen in der C. 4 de sportul. (3. 2) und in der C. 6 de profess.
 et med. (10. 52) nicht genau bestimmen, da die Interpolation
 der C. 6 entweder in das Jahr 529, oder in das Jahr 534 fällt,
 die C. 4 aber aus dem Jahr 530 ist. Die C. 6 bestimmt nur
 im Allgemeinen, Aerzte und Professoren sollten „nec ad iudicium
 deduci, uel exhiberi.“ Wichtiger ist C. 4 cit., denn da wird,
 wie wir schon oben sahen, ausdrücklich bestimmt, daß nur ex

127. *Θείας κελεύσεως ἢ μεγίστης προστάξεως*¹⁾ eine persönliche Vorführung auf alle Fälle solle vorgenommen werden können, so daß selbst Bürgenstellung dem Arrestanten nichts helfe. Die Ausdrücke *ἐκ Θείας κελεύσεως* und *ἐκ μεγίστης προστάξεως* bezeichnen nun wohl nicht ein und dasselbe, sondern es werden unter dem Einen die kaiserlichen und unter dem Anderen die Befehle der höchsten Reichsbeamten verstanden.²⁾ Allein dies ist für unsere Untersuchung ohne Wichtigkeit, da jedenfalls aus der Constitution hervorgeht, daß nur von höchster und vielleicht auch hoher Stelle absolute Arrestbefehle erlassen werden konnten, woraus man gewiß nichts zu Gunsten der Bethmann-Hollweg'schen Ansicht schließen kann; vielmehr ist wohl anzunehmen, daß Arrestbefehle auch von anderen Beamten des Reichs erlassen wurden, daß dieselben aber ihre strenge Wirkung verloren, wenn der Arrestat hinreichende Bürgschaft stellte. Es wird dabei überall ein directes Arrestmandat vorausgesetzt, von dem man sich durch Bürgenstellung zu befreien vermag, nicht aber ein Befehl an den Executor, sich *cautio iudicio sisti* bestellen zu lassen und im Notfall zur *exhibitio* zu schreiten.

§ 128.

Geradezu ein Zeugniß für meine Ansicht enthält das Pr. der C. 6 (rest.) de custodia reorum (9. 4), welches ganz allgemein lautend und daher jedenfalls auch von dem Arrest in Civilsachen sprechend sagt:

Οὐδένα χωρὶ ἐμβάλλεσθαι φυλακῇ χωρὶς κελεύσεως μεγάλων ἀρχόντων τῆς βασιλίδος πόλεως, ἐν δὲ ταῖς ἐπαρχίαις χωρὶς τῶν ταύτας ἰθύνόντων, ἢ τῶν κατὰ τόπους ἐκδίκων.

Daraus geht hervor, daß alle Magistrate und Beamte, die Jurisdiction hatten (wie § 3 der Const. restituta ex Schol. Bas. zeigt, auch in Civilsachen), Arrestbefehle erlassen konnten,

¹⁾ Ex diuina iussione aut summa praeceptione (HERRM.).

²⁾ CUIAC. Obs. XII. 22 interpretirt die Worte *ἐκ Θείας κελεύσεως ἢ μεγίστης προστάξεως*: „si a principe uel praefecto praetorio sit executori inunctum“ etc.

daß aber die Arrestaten gegen die Wirkung dieser Befehle, selbst nach schon angelegtem Arrest, durch Stellung tauglicher Bürgen sich zu schützen vermochten. Uebrigens soll der Arrest in Civilsachen höchstens dreißig Tage dauern, und wenn es nicht möglich ist, innerhalb derselben den Prozeß zu beenden, so muß der Arrestat (da er keine Bürgen stellen konnte) gegen iuratorische Caution entlassen werden.

Mehrfache Aufklärung über den Arrest des Justinianischen Rechts erhalten wir durch die oben erklärte Nou. 53. Schon die Einleitung erwähnt kaiserliche Befehle und richterliche Decrete (*ἢ ἐκ βουλῆς ἡμῶν κελεύσεως, ἢ καὶ ἐκ ψήφων ἀρχικῶν*), vermöge welcher der Beklagte vor Gericht, ja oft vor das Gericht einer entfernten Provinz, zwangsweise geführt werden konnte. Im Cap. 1 erfahren wir, wie es Sitte sei, daß die Realcitation nur dann angeordnet werde, wenn der Kläger fideiussorische Caution *de prosequenda lite* geleistet habe.¹⁾ Wenn aber der Kläger zehn Tage nach Ankunft des Beklagten vor dem Provinzialgericht die Sache nicht fortgesetzt hat, soll der Beklagte auf seinen Antrag entlassen und der Kläger verurteilt werden, die Reise- und anderen Kosten demselben zu ersetzen und die durch die *cautio de prosequenda lite* versprochene Summe zu zahlen, welche ebenfalls dem Beklagten zu Gute kommt. Dieß erinnert einigermaßen an die Bestimmungen in der Novelle Valentinian's III. vom Jahr 452. Im Cap. 2 wird die Notwendigkeit der Bestellung der *cautio de prosequenda lite* von Seiten des Klägers besonders eingeschärft und erwähnt, daß dieselbe wohl bei der *exhibitio* zu Constantinopel geleistet zu werden pflege, daß man sie aber oft umgangen habe, wenn die Beklagten in eine fremde Provinz abgeführt worden seien (*εἰ δὲ εἰς ἑτέραν ἀπάγονται χώραν*). Auch bestimmt der Kaiser, daß im letzteren Fall die *cautio* nicht bloß auf Fortsetzung des Prozesses gerichtet sein soll, sondern auch darauf, daß der Kläger das Versprechen gebe, dem Beklagten eine

¹⁾ — *ἐπειδήπερ εἰσθός ἐστι, μὴ ἄλλως γίνεσθαι τὰς ἀπαγωγὰς ἢ τὰς παραστάσεις, εἰ μὴ οἱ ἐνάγοντες ἐγγυητὰς ἐπὶ ᾧ τῇ ποσότητι δοῖεν, ὥς ἐπεξέρχονται τῇ δίκῃ καὶ κρατοῦσι τῆς ψήφου.*

128. durch den Richter festzusetzende Summe abzugewähren, wenn er im Prozeß unterliegen würde. Im Pr. des Cap. 3 wird es, wie wir schon wissen, als ein großes Unwesen in der Praxis gerügt, daß die Executores oft sofort nach Vorzeigen der Citation, ohne daß eine gerichtliche Cautio bestellt sei, die Beklagten gewaltsam vor Gericht führten. Daraus wie aus dem Vorigen ergibt sich, daß eine solche Vorführung gesetzlich nur in Folge eines kaiserlichen oder richterlichen Befehls nach geleisteter cautio de prosequenda lite von Seiten des Klägers geschah. — Es folgen weiter die uns schon bekannten Bestimmungen über die Einleitung des Prozeßes und dann die Anordnungen, wie es zu halten sei, wenn der Beklagte, der bloß iuratorische cautio iudicio sisti aufgemacht, sich entferne. Dieser sei dann als flüchtig zu betrachten, und der Richter, wenn er ἀρχων, d. i. ordentlicher Richter und nicht bloß iudex datus sei, solle einen Arrestbefehl erlassen; der iudex datus aber müsse bei dem Kaiser oder dem ordentlichen Richter, von dem er bestellt worden, einen solchen Arrestbefehl auswirken. Daraus lernen wir Zweierlei. 1. Ein Arrestbefehl konnte bloß von dem Kaiser oder einem mit ordentlicher eigener Jurisdiction versehenen Richter erlassen werden. 2. Als Grund für die Erlassung eines solchen Befehls galt es, wenn der Beklagte flüchtig oder der Flucht verdächtig war (denn in dem Fall der Novelle ist ja auch erst Verdacht der Flucht vorhanden). Diese Bestimmungen werfen ein Licht auf die ganze Lehre von der Realcitation oder von dem Arrest im späteren Römischen Recht. Denn die Grundsätze, welche hier für den Fall, wo eine cautio iuratoria iudicio sisti von dem Beklagten nicht eingehalten wird, den Richter leiten sollen, sind gewiß nicht sehr verschieden von denjenigen, wo von vorne herein und ohne vorgängige cautio iudicio sisti Realcitation angeordnet wurde. Es mußte ein Befehl des Kaisers oder des ordentlichen Richters erfolgen, dieser Befehl konnte nur erteilt werden, wenn ein Grund dafür vorhanden war, z. B. Flucht.¹⁾

¹⁾ Man hat wohl die Behauptung, daß schon im R. R. ein derartiger Arrest stattgefunden, auf ULPIANUS Fr. 10 § 16 quae in fraudem creditorum (42. 8) gründen wollen. Vgl. u. A. Martin, bürgerl. Prozeß § 240 Not. e. Allein in jener Stelle hat der dem flüchtigen Schuldner folgende Creditor

Die weiteren Bestimmungen der Nou. 53 beziehen sich auf 128. das Verfahren gegen den Abwesenden und gehen uns hier nichts an.

§ 129.

Noch ist Nouella 134 c. 9 vom Jahr 556 zu erwähnen:

*Ἀναγκαῖον δὲ νομίζομεν καὶ εἶναι προσήκουσιν βοηθεῖν
ἐπανορθῶσαι, ἵνα μηδεμιὰ γυνὴ περὶ οἰουμένηποτε πράγ-*

jedenfalls durch die Drohung der in ius uocatio sich Zahlung verschafft. Eben-
sowenig aber ist die Privat-Schuldhast der nexi und addicti hierher zu ziehen,
da solche überall nur als eine Art der Execution vorkommt. Vgl. Savigny,
Verm. Schriften Bd. 2 S. 369 ff. Uebrigens spricht gegen die Fortdauer
dieser Privat-Schuldhast im späteren (Justinianischen) Recht, welche von
Savigny ibid. S. 457 behauptet wird, ganz ausdrücklich Diocletian. et
Maxim. C. 12 C. I. de O. et A. (4. 10), sowie Zeno C. 1 de priuat. carcer.
(9. 5). Wenn auch die letztere Stelle sich zunächst nicht auf Schuldgefängnisse,
sondern auf die Kerker bezieht, welche die Großen des Reichs namentlich in
Egypten für ihre Sklaven und Colonen zu halten pflegten (vgl. die zu Ende
der citirten C. 1 C. I. de priuat. carcer. [9. 5] angezogene C. 1 C. Th. de
priuat. carcer. custod. [9. 11] von Valentinian, Theodosius und Arcadius und
dazu den Commentar von Iacob. Gothofredus, namentlich auch eine Stelle
aus Libanius *Περὶ τῶν δεσμωτῶν*, welche in der Gothofredischen Ueber-
setzung lautet: „Sed et dominorum crudelitate maxime quotidie usurpantur:
siquidem et decorum incarceratione eum, qui per legem necessario subest:
quemque licet iniuria afficiatur, silere oportet. Hoc loco ponendi sunt etiam
ii, qui circa terram laborant, eorum respectu qui terram possident: quoniam
et his quidam similiter tamquam seruis utuntur; scilicet si eorum auaritiam
in se non probent: paucae syllabae et miles cum catenis in agro, uinctosque
carcer excipit“), so giebt sie doch einen Beweis, daß in der späteren Kaiserzeit
Privatgefängnisse überhaupt nicht mehr gebuldet werden sollten. Selbst C. 1
C. I. qui bonis (7. 71) von Alexander, wo die Zulässigkeit der Haft außer
im Fall der cessio bonorum anerkannt ist, sowie C. 8 C. I. qui bonis (7. 71),
wo Justinian von den Wirkungen der Cession sagt: „omni corporali cruciatu
semoto“, können nicht für Savigny angeführt werden, da diese Stellen (in
der Compilation) zweifellos auf die durch das Gericht angeordnete Haft und
Strafe sich beziehen. Vgl. Gratian, Valentinian und Theodosius in C. 1
C. Th. qui bonis ex L. Iul. cedere possunt (4. 20) und Justinian Nou. 135
c. 1. — Ueber den Arrest in Kriminalfachen, welcher schon seit alter Zeit ge-
bräuchlich war, vgl. Brissotius De formulis l. V c. 195 sqq. (Ed. F. C. Con-
radi Hal. 1731 pag. 445).

129. ματος χρηματικῶ ἐξ οἰουδήποτε ἄρχοντος ἐγκλείηται ἡ φυλάττηται. Ἀλλ' εἰ μὲν ὑπὲρ δημοσίων χρεῶν ἢ ιδιωτικῶν ἐναχθεῖη κατὰ τὸν νόμον ἢ γυνή, ἢ διὰ τοῦ ἀνδρός, ἢ δι' ἑαυτῆς, ἢ δι' οἴου δ' ἂν βούλοιοτο προσώπου, νομίμως ἀποκρινέσθω, καὶ διοικεῖτω τὸ πρᾶγμα. Εἰ δὲ καὶ χήρα εἴη, ἢ μηδὲ τὴν ἀρχὴν ἀνδρὶ γαμηθεῖσα, ἐξέστω ὁμοίως τῇ γυναικὶ ἢ δι' ἑαυτῆς, ἢ δι' ὧν ἂν βουληθεῖη, τὰ οἰκεῖα προτιθέναι δίκαια κατὰ τὸν νόμον. Τὸν δὲ παρὰ ταῦτα τολμῶντα πρᾶξαι τι τῶν προειρημένων κελεύομεν, εἰ μὲν μείζων ἄρχων εἴη, κ' χρυσίου λιτρῶν, εἰ δὲ ἥττων, ἰ χρυσίου λιτρῶν ποιῶν ὑποκείσθαι, τοὺς δὲ ὑπουργούσας αὐτοῖς ἐπὶ ταῖς προειρημέναις ἀρχαῖς γυμνουμένους τῆς ζώνης βασάνοις ὑποβάλλεσθαι καὶ εἰς ἔξορίαν πέμπεσθαι. Εἰ δὲ ἡ γυνή μετὰ νόμιμον ὑπόμνησιν μὴ βουληθεῖη προβάλλεσθαι τίνα τὸν ὑπὲρ αὐτῆς ἀποκρινόμενον, ἢ καὶ δικασαμένη κατακριθῇ, μηδὲ οὕτως ἐγκλείεσθαι ἢ φυλάττεσθαι αὐτήν, ἀλλὰ τὰ νόμιμα ἐπὶ τοῖς προσήκουσιν αὐτῇ πράγμασι ποιεῖναι. — οὐδεμίαν γὰρ γυναῖκα ὑπὲρ χρηματικῆς αἰτίας, δημοσίας ἢ ιδιωτικῆς, ἢ ὑπὲρ ἐγκλήματος οἰουδήποτε ἢ εἰς φρουρὰν βάλλεσθαι συγχωροῦμεν, ἢ δι' ἀνδρῶν φυλάττεσθαι, ἵνα μὴ διὰ τῶν τοιούτων ἀφορμῶν εὐρεθῶσι περὶ τὴν σωφροσύνην ὑβριζόμεναι. —

Justinian wiederholt eigentlich nur die Vorschrift Constantins in C. 1 C. Th. de off. iud. omn. (1. 22) (C. 1 C. I. de off. iud. [1. 48]) und erweitert dieselbe, indem er auch Wittwen und unverheiratete Frauenzimmer, lediglich aus Gründen der Sittlichkeit, von dem Arrest in Civil- und anderen Sachen befreit. Wichtig ist es, daß auch hier wieder der Befehl eines Richters im Allgemeinen als erforderlich zur Arrestation vorausgesetzt wird. Rücksichtlich der Civilsachen aber ist eine dreifache Möglichkeit des Arrestes anerkannt und bezüglich der Frauenzimmer ausgeschlossen:

1. Bei der Einleitung des Verfahrens. Wenn gegen eine Frau in der gesetzlichen Weise eine Civilklage angestellt wird, soll sie in der gesetzlichen Weise entweder durch den Mann, oder in eigener Person, oder durch einen freigewählten Procurator anti-

worten und ihre Sache führen. Es soll also hier immer das 129. durch das Gesetz als das regelmäßige anerkannte Verfahren (*κατὰ τὸν νόμον, νομίμως*), welches eben darin bestand, daß der Beklagte zur Beantwortung der Klage aufgefordert und zugelassen wurde, stattfinden. Im Zusammenhang mit dem vorhergehenden allgemeinen Verbot der Arrestation von Frauen, zu welchem der Satz „ἀλλ' εἰ μὲν ὑπὲρ δημοσίων“ etc. offenbar nur in dem Verhältniß einer Ausführung im Einzelnen steht, müssen wir aber annehmen, daß dem regelmäßigen gesetzlichen Einleitungsverfahren ein außerordentliches gesetzliches Einleitungsverfahren durch sofortige Arrestanlegung auf die Klage gegenüberstand, welches eben bei Frauenzimmern verboten werden soll.

2. Nach der Citation, wenn die Frau keinen Procurator bestellen (resp. nicht selbst im Termin erscheinen) will, also wohl wenn sie sich weigert, *cautio iudicio sisti* zu leisten. Daß in solchen Fällen Arrestanlegung als letztes Auskunftsmittel erfolgen konnte, ist unzweifelhaft.

3. Nach der Condemnation, wenn der Condemnirte der Condemnation nicht Folge leistet, also Arrest als Executionsmittel.

§ 130.

Nach Allem kommen wir zu folgendem Resultat: Das spätere Römische Recht kennt Realcitation und Arrestanlegung. Beide stehen etwa in dem Verhältniß, wie die *cautio iudicio sisti* zu der *cautio pro sua persona, quod permaneat in iudicio etc.* Die Realcitation soll durch Beschränkung der persönlichen Freiheit das Erscheinen Jemandes vor dem Richter bewirken. Der Arrest soll durch dasselbe Mittel die Anwesenheit des Beklagten für die Zukunft sichern. Beide können nur in Folge des Decrets eines ordentlichen, mit eigener Jurisdiction versehenen Richters vorkommen. Der Beklagte kann Realcitation wie Arrest durch Bestellung tauglicher Bürgen von sich abwenden. Nur vom Kaiser (und höchsten Reichsbeamten) kann ein absolutes Arrestmandat, gegen welches keine Bürgenstellung etwas hilft, erlassen werden. Jeder richterliche Befehl auf Realcitation oder Arrestanlegung setzt gewisse Gründe voraus. Diese sind: 1. wenn der Beklagte flüchtig oder der Flucht

130. verdächtig ist, 2. wenn der Beklagte die ihm auferlegte *satisfactio* resp. *cautio iudicio sisti* nicht leisten will oder kann, 3. wohl auch, wenn er die *satisfactio pro sua persona, quod in iudicio permaneat etc.* nicht bestellt. Unten werden wir noch sehen, daß die Gründe sub 2 oder 3 nicht für sich allein ausreichen, um den Vorführungs- resp. Arrestbefehl zu erlassen, sondern daß immer noch der Grund sub 1 hinzukommen mußte. — Gewisse Personen sind von der Realcitation und Arrestanlegung befreit.¹⁾

§ 131.

Wir haben nun auf die oben aufgeworfene Frage: „Was geschah, wenn der Beklagte die ihm auferlegte *satisfactio iudicio sisti* oder die *cautio pro sua persona, quod in iudicio permaneat usque ad terminum litis* nicht leisten konnte oder wollte?“ eine Antwort gefunden, nämlich die: Es konnte durch den Richter Vorführung resp. Arrestation des Beklagten angeordnet werden. Allein diese Antwort ist noch nicht völlig befriedigend. Realcitation und Arrest sind Mittel, zu denen man erst im äußersten Notfall greift, und zwischen der Sicherung durch Bürgenstellung auf einer und der Sicherung durch Anlegung persönlichen Arrests auf der anderen Seite liegt noch ein Mittel, welches dem Kläger vollkommene Sicherheit verschafft, ohne daß die persönliche Freiheit des Beklagten so hart angegriffen zu werden brauchte, ich meine die Sequestration. Sollte diese wirklich seit der Zeit des Codex Theodosianus in Vergessenheit geraten sein und nicht mehr angewendet werden? Daß dieß nicht der Fall war, beweisen die Justinianischen Rechtsbücher, obwohl die bisher behandelten Stellen des Codex und der Novellen (trotzdem daß Gelegenheit dazu gewesen wäre) die Sequestration nicht erwähnen, auf das Entschiedenste. Sind doch fast alle Stellen des Codex Theodosianus, in denen von Sequestration die Rede war, in den Codex Iustinianus übergegangen. Nur C. 1 C. Th. si certum petatur de chirographis ist in letzterem hinweggelassen, so daß an-

¹⁾ Diese sind aufgezählt bei Bethmann-Hollweg, Gerichtsverfassung und Prozeß S. 258 Not. 34.

zunehmen wäre, die speciellen Bestimmungen jenes Gesetzes über 131. die Sequestration bei Klagen aus Schuldverschreibungen seien aufgehoben. Außerdem aber galt überall das frühere (d. h. zur Zeit des Codex Theodosianus bestehende) Recht. Das geht am evidentesten aus den Pandekten hervor. In diese ist eine Reihe von Fragmenten aus den Schriften klassischer Juristen aufgenommen und in besondere Titel gestellt, welche ursprünglich von der in *ius uocatio* mit ihren Folgen, von den *Uadimonien* und auch von der *cautio iudicio sisti* handelten. Die Compileratoren aber beziehen dieselben auf das zu ihrer Zeit in Übung seiende prozeßualische Verfahren, und so werden die Grundsätze über die alte in *ius uocatio* auf die richterlichen Ladungen und *Exhibitionsbefehle* angewendet¹⁾, manche Grundsätze über *uadimonia*, *cautio indicatum solui etc.*, namentlich was die *Cautionsmittel* (Bürgen u.) anbetraf, auf die neue *cautio iudicio sisti* und die *cautio pro sua persona*, *quod in iudicio permaneant usque ad terminum litis*.²⁾ Dieß ging um so besser, als eine gewisse Ähnlichkeit jener alten *Cautionen* mit den neueren sich nicht verkennen läßt und die Bestimmungen über die *Cautionsmittel* trotz der inneren Verschiedenheit der *Cautionen* doch für alle im Wesentlichen dieselben blieben. So handelt der Digestentitel:

QVI SATISDARE COGANTVR, VEL IVRATO PROMITTANT, VEL SVAE PROMISSIONI COMMITTANTVR (2. 8)

im Sinn der Compileratoren von der *cautio iudicio sisti* und der *cautio pro sua persona*, indem für beide *Cautionen*, wie wir schon oben sahen, entweder *sisdatio*, oder *Eid*, oder *nuda re promissio* als *Cautionsmittel* erfordert wurde. Ebenso gilt das Meiste in den folgenden Titeln (*SI EX NOXALI CAUSA etc.* [2. 9], *DE EO, PER QVEM etc.* [2. 10] und *SI QVIS CAUTIONIB. etc.* [2. 11]) von unseren beiden *Cautionen*, da Erörterungen über den Inhalt derselben wohlweislich vermieden worden sind, indem sonst die betreffenden Stellen weder auf die eine, noch die andere *Caution*, sondern nur auf die alten *uadimonia* oder die *cautio iudi-*

¹⁾ Bethmann-Hollweg S. 278.

²⁾ Bethmann-Hollweg S. 257 Not. 24.

131. eatum solui passen würden. Und doch hatte man die innere Verschiedenheit der alten Cautionen von den neueren recht wohl erkannt, was z. B. daraus hervorgeht, daß man überall das Wort *uadimonium* planmäßig entfernte und dafür *cautio iudicio sisti* setzte.¹⁾

Wenn also in den Titeln *QVI SATISDARE COGANTVR etc.* der Sequestration als eines Cautionsmittels Erwähnung geschieht, so dürfen wir sie recht gut auf die *cautio iudicio sisti* und *cautio pro sua persona etc.* beziehen.

§ 132.

Nun ist es das von uns rüchichtlich seines ursprünglichen Sinns schon in §§ 61 ff. besprochene Fr. 7 § 2 *qui satisdare cogantur* (2. 8), welches unsere Aufmerksamkeit von Neuem in Anspruch nimmt. Dort ist gesagt:

Wenn für eine *res mobilis* keine *satisdatio* geleistet und Derjenige, welcher die Caution bestellen soll, *suspect* ist, dann soll die Sache, sobald es der Richter so anordnet, bei dem *officium* deponirt werden, und zwar so lange, bis *satisdatio* bestellt oder der Prozeß beendet ist.

Dies heißt im Sinn der Justinianischen Compilation nichts Anderes, als der Richter soll, wenn bei einem Prozeß um eine *res mobilis* die angeordnete *satisdatio iudicio sisti* oder die *satisdatio pro sua persona etc.* nicht bestellt wird, das Recht haben, einen Befehl zu geben, wonach die streitige Sache beim *officium* zu deponiren ist. Jedoch wird überall vorausgesetzt, daß der Beklagte zur *satisdatio* verpflichtet sei; deshalb kann diese Sequestration nicht vorkommen, wenn der Beklagte Besitzer unbeweglicher Sachen oder das Streitobject überhaupt (auch bei persönlichen Klagen) eine Immobilie ist. Ferner wird vorausgesetzt, daß die *res mobilis* eine individuelle Sache sei, denn

¹⁾ Damit ist aber nicht gesagt, daß überall, wo *cautio iudicio sisti* steht, eine Interpolation anzunehmen wäre. Vgl. oben § 48 S. 111. Bethmann-Hollweg S. 257 Not. 24. Keller, Röm. Civilprozeß § 47 S. 207 Not. 568.

rücksichtlich der Summen und Quantitäten besteht das Verbot der 132. Sequestration fort. Aber auch da, wo eine *satisfactio* erforderlich gewesen wäre, kann der Richter den Sequestrationsbefehl nicht erlassen, wenn nicht der zur *Cautio* Verpflichtete verdächtig ist. Fehlt es an diesem Requisit, so tritt jedenfalls an die Stelle der *satisfactio* bloße iuratorische *Cautio*. Es wird aber durch diese Bestimmung auch unsere obige Behauptung unterstützt, daß es zum Erlass eines Vorführungs- oder Arrestbefehls eines besonderen Grundes bedurfte; denn wie könnte das weit härtere und strengere Mittel ohne besonderen Grund anwendbar sein, wenn schon das mildere einen solchen erforderte? Eine *iusta causa* zur Anlegung der dinglichen und persönlichen Haft ist aber überall (vorausgesetzt, daß die übrigen Requisite vorhanden) die Verdächtigkeit des Verklagten (freilich ein dem richterlichen Ermessen sehr weiten Spielraum lassender Begriff!).

Wir haben oben gesehen, daß der Vorführungs- oder Arrestbefehl auch auf einseitiges Andringen des Klägers erfolgen konnte, sobald Verdacht gegen den Verklagten obwaltete, daß aber der Letztere durch *satisfactio* gegen die Wirkungen eines solchen Befehls regelmäßig sich zu schützen vermochte. Hier aber scheint der Sequestrationsbefehl nur erlassen zu werden, nachdem der Beklagte der Aufforderung zur *satisfactio* nicht Folge geleistet hat. Man half sich aber wohl durch einen alternativ gefaßten Befehl, welcher dem Executor ertheilt wurde, so daß dieser den Auftrag erhielt, sich von dem Beklagten *Satisfactio* bestellen zu lassen, oder, wenn dieser der Aufforderung nicht nachkomme, sofort zur Sequestration zu schreiten. Sobald sich der Beklagte dann zur *Satisfactio* bereit erklärte und dieselbe bestellte, verlor der Sequestrationsbefehl seine Wirkung. Nur dem Kaiser (und den höchsten Reichsbeamten?) wird das Recht zugesprochen haben, einen Sequestrationsbefehl zu erlassen, gegen welchen die *satisfactio* nicht helfen konnte. War die Sache einmal sequestrirt, so blieb sie es bis zum ersten Termin und wurde da freigegeben, wenn der Beklagte *satisfactio pro sua persona etc.* bestellte. Konnte er dies nicht, so dauerte die Sequestration fort, bis entweder die *satisfactio* nachträglich noch bestellt, oder der Prozeß durch Erkenntniß

133. dicentibus ad publicum tributarias functiones minime infererant. Sin autem moris erat, dominos totam summam accipere, et ex ea partem quidem in publicas uertere functiones, partem autem in suos redditus habere, tunc, si quidem fideiussor a colonis detur, eundem fideiussorem dominis sine praeiudicio litis tantam summam inferre, quantam tributa publica faciunt, ut a dominis publicis rationibus persoluantur; nullo ex hoc colonis praeiudicio generando. Super redditibus enim domini fideiussore fiant contenti. § 4. Sin autem fideiussione cessante ad sequestrationem res ueniant, et pecuniae deponantur, ex earum summa tantam iudices separare, quanta ad publicas sufficiat functiones, et eam disponere dominum accipere, quatenus ipse eam persolvens publicas accipiat securitates; reliqua quantitate, quae in redditus puros remanet, in tuto collocanda et litis terminum exspectante; nullo praeiudicio sine colonis siue dominis ex huiusmodi fideiussione uel sequestratione uel publicarum functionum solutione generando; sed omni causa in suspenso manente, donec iudicialis sententia, quae de toto negotio procedit, omnem rem aperiatur, et ostendat, quis dominus terrae constitutus est, et ad quem publicarum functionum securitas debet in posterum fieri, seu redditus peruenire uel permanere. Recitata Septimo in nouo consistorio palatii Iustiniani. Dat. XV Kal. Octob. Chalcedone, Decio V. C. Cons. [529].

Die Verordnung bezieht sich auf das merkwürdige Verhältniß des Colonats und giebt Vorschriften über die zu leistenden Cautionen in einem Freiheitsprozeß der Colonen gegen ihren Herrn. Der persönliche Zustand der Colonen hatte mit dem der Sklaven große Ähnlichkeit, nichtsdestoweniger aber waren die Colonen von den Sklaven verschieden, da sie überall als Freie betrachtet wurden.¹⁾ Wenn daher im Zustand des Colonats Befindliche ihre Freiheit vom Colonat behaupteten, so erfolgte nicht ein wirkliches liberale iudicium, wohl aber läßt sich behaupten, daß die von den Colonen erhobene Klage ein ähnliches Verfahren herbeigeführt

¹⁾ Savigny, Der Römische Colonat. Verm. Schriften Bd. 2 S. 1 ff. besonders S. 12 ff.

habe, wie es folgte, wenn ein Slave in libertatem proclamirte.^{133.} Wenn nun schon im Allgemeinen, ähnlich wie bei der Sklaverei, der Grundsatz anerkannt wurde, daß die Colonen keine Klage gegen den Gutsherrn haben sollten, außer bei willkürlicher Erhöhung des Canon (*superexactio*) und wenn sie den Herrn wegen Verbrechens anklagen wollten¹⁾, sowie in dem Fall, wenn die Frage aufgeworfen wurde, ob das Gut in ihrem oder in des Herrn Eigenthum sei, also, ob sie wirklich Colonen seien, oder nicht²⁾, so ist doch nicht anzunehmen, daß in letzterem Fall die Colonen eines Affertor bedurft hätten. Denn es ist schon in jenen beiden ersten Fällen gestattet, daß die Colonen die Klage resp. Anklage in eigener Person erheben³⁾, und es geschieht auch der Nothwendigkeit eines Affertor im älteren Recht keine Erwähnung. Von Justinian aber war das Institut des Affertor wahrscheinlich schon im Jahr 528 auch für das eigentliche liberale iudicium entfernt worden⁴⁾, und so steht es jedenfalls fest, daß im Justinianischen Recht auch die Colonen in ihrem Freiheitsprozeß keines Affertor bedurften. Gleich der Eingang unserer Constitution setzt voraus, daß die Colonen in eigener Person gegen ihren bisherigen Patronus Klage erheben („*si coloni . . . contra dominos . . . declamauerint*“ und weiter unten „*praescriptione etc. colonorum impetus excludente*“), und zwar aus dem Grund, weil sie behaupten, Eigenthümer ihres Guts zu sein. Für diesen Fall nun wird verordnet, daß die Colonen

¹⁾ ARCADIUS et HONORIUS C. 2 C. I. in quib. caus. coloni (11. 49).

²⁾ ARCADIUS et HONORIUS C. un. C. Th. utrubi (4. 23). IUSTINIANUS C. 20 C. I. de agric. (11. 47).

³⁾ C. 2 C. I. cit. „— Sed ut in causis civilibus huiusmodi hominum generi aduersus dominos uel patronos aditum intercludimus et uocem negamus, exceptis superexactionibus, in quibus retro principes facultatem eis super hoc interpellandi praebuerunt, ita in criminum accusatione, quae publica est, non admittitur eis propter suam suorumque iniuriam expiendi licentia.

⁴⁾ C. 1 C. I. de assertione tollenda (7. 17). Die subscriptio dieser Constitution ist lückenhaft, ist aber von HERRMANN aus befriedigenden Gründen ergänzt worden: „Dat. III Id. Dec. Dom. Iustiniano A. II. Cons.“ S. Not. ad subscr. C. 1 de assert. tollenda (7. 17) in der KRIEGL'Schen Ausgabe des Corp. iur. ciu. Vgl. Not. ad subscript. C. 1 de lege Fusia-Caninia tollenda (7. 3).

133. während der Dauer des Processes nicht gezwungen werden sollen, den jährlichen Canon an den Herrn zu zahlen (es werden also gewissermaßen die *iudiciae secundum libertatem* ertheilt), sie sollen aber *fideiussorische* Caution bestellen: „*quod omnes reditus sine ulla procrastinatione, si melior causa dominorum iudicetur, eis restituent.*“ Der *Fideiussor* soll nur auf eine Zeit von drei Jahren sich verpflichten, nach Ablauf derselben soll die Bürgschaft erneuert werden. Wenn aber Colonen Bürgen entweder nicht bestellen wollen oder können, dann soll anstatt der Caution *Sequestration* (so wird die vorgeschriebene Sicherheitsbestellung im § 4 der Constitution ausdrücklich genannt) eintreten, und zwar so, daß in der unten noch zu besprechenden Weise der jedes Jahr fällige Canon durch die *Officialen* eingefordert und *sequestrirt* werde.

Weitere Bestimmungen werden getroffen über die Leistung der öffentlichen Abgaben und insonderheit der Grundsteuer. Daß die Colonen häufig die Grundsteuer ihrer Höfe an die Steuerkasse einzahlen mußten, wissen wir aus einem merkwürdigen Brief Gregor's des Großen über die Colonen der Römischen Kirche in Sicilien.¹⁾ Jedenfalls aber war die Grundsteuer des Hofes eine Last des Gutsherrn und es konnte das Verhältniß auch so geordnet sein, daß die Colonen an den Herrn den ganzen Canon ohne Abzug der Grundsteuer einzahlten und daß dieser dann seiner Steuerpflicht in eigener Person nachkam.²⁾ Die Colonen selbst waren kopfsteuerpflichtig, und für die Kopfsteuer derselben war dem Gutsherrn die Vertretung in der Weise aufgelegt, daß dieselbe bei der Grundsteuer des Guts eingetragen wurde, so daß dem Gutsherrn, wenn er die Grundsteuer selbst bezahlte, auch die Einzahlung der Kopfsteuer der Colonen oblag.³⁾ In unserer Constitution nun wird zwischen der Grundsteuer und Kopfsteuer kein Unterschied gemacht, auch die Worte „*ad publicum tributarias functiones minime inferebant*“ gehen sonder Zweifel auf alle Abgaben, welche vom Bauernhof und dem darauf befindlichen Colonen entrichtet werden mußten. Und zwar soll,

¹⁾ Lib. I ep. 44 p. 533 sq. Ed. Paris. 1705. Vgl. Savigny a. a. D. S. 23 ff. namentlich S. 27.

²⁾ Savigny a. a. D. S. 32.

³⁾ Savigny a. a. D. S. 33.

wenn bisher der Colone diese Abgaben einzahlte, diese Einrichtung 133. auch während des Processes fortbauern. War es dagegen eingeführt, daß die Herren die Abgaben an die Steuerkasse zahlten, so sollte dieß zwar ebenfalls so fortgehalten werden, allein der von den Colonen für die reditus bestellte Bürge mußte dem Herrn jährlich die Steuersumme bezahlen, damit sie dieser bei der Steuerkasse einliefere. Diese Einrichtung ist um so billiger, als ja die Colonen, da sie das Grundeigenthum für sich in Anspruch nehmen, nach ihrer eigenen Behauptung schuldig sind, die Grundsteuer zu zahlen, die Kopfsteuer aber ohne Zweifel auf ihre Rechnung kommt; es hieße dem Herrn zu viel zumuten, wenn er die Steuer für Leute vielleicht Jahre lang auslegen sollte, die im Fall ihres Siegs dieselbe auch für die Vergangenheit auf sich nehmen, und im Fall ihres Unterliegens den höheren Canon abgewähren müssen, in welchem die Steuersumme mitenthaltten ist.

Dieß geht aber nur, wenn die Colonen einen Bürgen für den Canon bestellt haben. Kommt es dagegen zur Sequestration, so soll der Richter aus den eingegangenen Geldern die nötige Steuersumme ausscheiden und anordnen, daß dieselbe dem Herrn ausgezahlt werde, damit dieser sie gegen öffentliche Quittung an die Steuerkasse leiste. Der Theil des Canons, welcher nach Bezahlung der Steuern übrig ist, soll in Sequestration bleiben bis zur Beendigung des Processes, wo es sich zeigen wird, wer Herr des Landes ist, wen sonach die Steuer trifft und ob die Kläger Colonen sind, also Canon leisten müssen, oder nicht. Auch hier tritt an die Stelle einer angeordneten fideiussorischen Caution, sobald die satisdatio aus bösem Willen der Verpflichteten, oder weil dieselben keinen Bürgen finden können, unterbleibt, Sequestration; ein Verweis, daß wohl auch bei anderen gesetzlichen fideiussorischen Cautionen, wo die satisdatio unterblieb, ein ähnliches Verfahren eintrat.

§ 134.

Das Wichtigste aber ist die genaue Beschreibung der Sequestration in unserer Stelle, indem wir daraus entnehmen können, an was man überhaupt dachte, wenn zu Justinian's Zeiten von Sequestration gesprochen wurde.

134. Die jährlichen Abgaben an den Herrn sollen zur gewöhnlichen Zeit, d. h. zu der Zeit, wo sie bisher bezahlt zu werden pflegten, durch das officium des Richters eingefordert und, wenn sie in Geld bestehen, sofort deponirt werden; bestehen sie aber in Früchten u., so sollen sie durch das officium entweder im Ganzen, oder im Einzelnen verkauft werden, und der Preis in's Depositum kommen. Die Deposition soll geschehen „in aede sacra i. e. in cimeliarchio ciuitatis, sub qua possessio sita est; uel si localis ecclesia ad susceptionem pecuniarum idonea non sit, in metropolitana ecclesia cum omni cautela.“ So hat sich denn die alte Sitte, Geld und andere wertvolle Sachen in sacro zu deponiren, auch in der christlichen Kaiserzeit erhalten, ja es scheinen jetzt mit den Kirchen, wenigstens mit den größeren, öffentliche Aufbewahrungsanstalten verbunden gewesen zu sein. Das cimeliarchium ist eigentlich der Ort, wo die uasa sacra und überhaupt die wertvollen Sachen der Kirche niedergelegt waren.¹⁾ Der Oeconomus der Kirche oder ein besonderer Cimeliarcha hatte die Aufsicht²⁾, und bei ihm wurden auch Urkunden, Geld und andere wertvolle Sachen, welche nicht der Kirche gehörten, ins Depositum gegeben.³⁾

Aus dem Allen geht hervor, daß mit den officia der Richter nicht eigentliche Depositorien verbunden waren, und der Ausdruck „res apud officium deponi debet“ bedeutet bloß, es muß die Sache den Officialen übergeben werden, damit sie dieselbe in das Depositum der Kirche bringen und aufbewahren lassen.

Wir sehen, wie zu Justinian's Zeiten die sogenannte notwendige Sequestration einen ganz anderen Charakter angenommen hat, wie früher. In der klassischen Zeit konnte von Sequestration

¹⁾ Nou. 74 c. 4 § 2. BRISSONIUS De V. S. h. u. s. f. C. DU FRESNE D. DU CANGE Glossar. ad scriptor. mediae et infimae Graecitatis: Lugd. 1688 s. uu. *κειμηλιάρχης, κειμηλιοφύλαξ, κειμηλιορχεῖον*.

²⁾ C. 10 § 2 i. f. de bon. auctoritate iud. possidendis (7. 72).

³⁾ Cf. C. 10 cit. „et in cimeliarchio sanctae ecclesiae illius ciuitatis, in qua huiusmodi contractus celebratur, deponere.“ Nou. 74 c. 4 § 2: „Εἰ δὲ καὶ τοῦτο μὴ πράττειν ἐκείνοι, ἀλλὰ τὸν τοιοῦτον ἀποτιθέσθω χάριτι ὁ τῆς σεβασμιωτάτης ἐκκλησίας ἐκείνης ἐκδικὸς ἐν τοῖς τῆς αὐτῆς ἀγιωτάτης ἐκκλησίας ἀρχείοις (τουτέστιν ἐν τῷ εὐαγγελί κειμηλιοφυλακίῳ) τὰς εἰρημνίας ἐποσημειώσεις ἔχοντα —.“

nicht die Rede sein, wenn nicht zwei oder mehrere Personen die Sache bei einem Dritten so deponirten, daß sie je nach dem Eintritt oder Nichteintritt gewisser Bedingungen der einen oder der anderen dieser Personen restituirt werden sollte. Jetzt nehmen die Executoren nach richterlicher Anordnung die zu deponirende Sache geradezu dem Besitzer hinweg und legen sie bei dem Simeliarchen nieder, welcher jedenfalls nur auf Befehl des Richters dieselbe wieder herausgeben darf. Dieß stimmt ganz mit dem Verfahren, wie es mutmaßlich schon zur Zeit des Codex Theodosianus beobachtet wurde. Aus der alten depositio apud sequestrem ist ein wirklicher Realarrest geworden, und es erklärt sich wohl, warum die Compileren überall, wo bei den alten Juristen von der notwendigen Sequestration die Rede, den Ausdruck apud sequestrem deponi dehebit vermieden und dafür einfach den Ausdruck deponi dehebit oder apud officium deponi dehebit setzten. Die Pandektenstellen, welche noch eines wirklichen Sequester erwähnen, sind daher meistens auf die freiwillige Sequestration zu beziehen. Nur hier und da finden sich auch in Bezug auf die notwendige Sequestration Anklänge an das alte Recht, so in Fr. 5 § 1 de legat. seu fid. (36. 3) und Fr. 21 § 3 de appellationib. (49. 1). In der letzteren Stelle ist das „fructus apud sequestrem deponi“ wohl bloß aus Versehen der Compileren stehen geblieben und nicht in „fructus apud officium deponi“ oder „sequestrari“ verwandelt worden¹⁾; in der ersteren Stelle aber ist absichtlich das „ut sequestrem“ beibehalten, denn es ist dort wirklich noch für das Justinianische Recht die alte Form der Sequestration gemeint, weil eine dritte Person nicht bloß für die Aufbewahrung der Früchte u. von den Parteien ausgewählt wird, sondern namentlich „(ut) utiles actiones a Praetore datas exerceat“, so daß dieselbe auch die Stellung eines Procurators der Parteien in gewisser Beziehung einnimmt. — Uebrigens hat auch noch jetzt Derjenige, bei welchem die sequestrirten Sachen niedergelegt sind, (abgeleiteten) juristischen Besitz, da ja die Sequestration noch immer geschieht, um den streitenden Theilen den Besitz zu entziehen.

¹⁾ Die Basil. VIII. 1, 20 i. f. (HEIMB. T. I p. 428) haben: „Ὅτε ἐν χειρὶ οἱ καρποὶ τοῦ ἀγροῦ μετὰ τῇ ἐκκλησίᾳ μεσεγγυῶνται —.“

§ 135.

135. Zum Schluß will ich die Resultate der vorstehenden Untersuchung noch kurz zusammenfassen. Das Justinianische Recht kennt zwei prozessualische Cautionen zur Sicherung des Klägers: Die *cautio iudicio sisti* und die *cautio pro sua persona etc.* Beide Cautionen sind regelmäßig *satisfactiones*, ausnahmsweise genügt auch iuratorische Caution, sowie *nuda repromissio*. Da, wo *satisfactio* erforderlich ist, kann, wenn der Beklagte Bürgen entweder nicht stellen kann oder nicht stellen will, und er noch dazu eine *suspecta persona* ist, von dem Richter Real- und betreffenden Falls Personalarrest verfügt werden. Die Auflage der Cautionsstellung und Anordnung des Arrests aber wird vom Richter mitunter alternativ verfügt, so daß dem Beklagten, welcher nach ergangener Auforderung keinen Bürgen stellt, sofort die betreffende Sache hinweggenommen resp. er selbst mit Haft belegt werden kann. Daher ist es möglich, daß der Prozeß, wie bei unserem Arrestprozeß, mit Arrestanlegung beginnt, doch muß dieselbe jederzeit gegen Bürgenstellung aufgehoben werden. Nur bei dem Kaiser und den höchsten Reichsbeamten können Arrestbefehle ausgewirkt werden, gegen welche auch die Stellung von tauglichen Bürgen den Beklagten nicht schützt. Außer bei der Einleitung des prozessualischen Verfahrens giebt es noch eine Reihe von Fällen (bei der Appellation, bei der *liberalis causa* und bei dem Befreiungsprozeß der Colonen), wo Sequestration des Streitobjects resp. Anlegung von Realarrest vorkommt, jedoch auch hier meistens nur dann, wenn der Beklagte nicht im Stande ist, den Gegner durch Stellung tauglicher Bürgen hinreichend zu sichern.

Rücksichtlich des Verhältnisses, in welches die streitenden Theile durch die Sequestration kommen, brauche ich lediglich auf das in §. 112 bereits Vorgetragene zu verweisen. Daß die Vorstellung, die Bestellung einer Caution könne durch *pignoris capio* erzwungen werden, der Justinianischen Zeit nicht fremd war, ergiebt sich aus § 3 I. de *satisfact. tutor.* (1. 24), wo gesagt ist, daß Tutoren und Curatoren zur Bestellung der ihnen obliegenden Cautionen durch *pignoris capio* gezwungen werden könnten.

Beilagen.



Beilage I.

Ueber das „in aede sacra deponere“, „in publico loco deponere“, „in horreis deponere“ und Aehnliches.¹⁾

Tempel dienten bei den Griechen²⁾ wie bei den Römern häufig I. zum Aufbewahrungsort für Geld und andere wertvolle Sachen, namentlich auch für Urkunden. Der Römische Staatsschatz, das *aerarium Saturni*, hat seinen Namen ja daher, weil die öffentlichen Gelder, wichtige Documente und Register, sowie die *signa militaria* seit den ältesten Zeiten der Republik im Tempel des Saturn niedergelegt waren.³⁾ Aber auch von Privatleuten wurden die für den Götterdienst bestimmten Gebäude (*aedes sacrae*, einerlei ob es eigentliche *templa* waren, oder nur *aedes sacrae*, welche die Tempelweihe durch die Auguren nicht empfangen hatten⁴⁾) als Depositorien benutzt.⁵⁾

Im ältesten Legisactionenprozeß wurde die *summa sacramenti* „ad pontem“ d. i. jedenfalls „apud pontifices“ deponirt.⁶⁾ Plautus läßt

¹⁾ Einzelne interessante Notizen über diesen Gegenstand finden sich bei IAC. RAEVARDUS *Varior. lib. I c. 15* (Opp. Ed. Francof. 1601 p. 515 sqq.).

²⁾ Vgl. u. A. Oöfr. Müller, *Die Dorier*. Breslau 1824 Abth. 2 S. 210 Anm. 4. S. 211 Anm. 1. Schömann, *Griech. Alterthümer*. Berlin 1855 Bd. 1 S. 293 ff.

³⁾ Quellencitate hierfür finden sich in BLONDI FLAVII *De Roma triumphante* libr. X. Basil. 1559 p. 110 G. Alex. Adam, *Handb. der Röm. Alterthümer*, überg. von J. E. Meyer. Erl. 1805 Bd. 1 S. 264. Becker, *Handb. der Röm. Alterthümer*. 1. Th. Leipz. 1843 S. 316 f., 2. Th. 2. Abth. Leipz. 1846 S. 351.

⁴⁾ Ueber den Unterschied s. GELLIUS *Noct. Att. XIII. 7, 7*. VARRO *De L. L. VII. 10* (Ed. MUELLER). Vgl. B. G. STRUVI *Antiquitat. Romm. Syntagma*. len. 1701 p. 502.

⁵⁾ Bei den Griechen geschah dieß eben so häufig, wie bei den Römern. Beispiele s. bei XENOPH. *Anab. V. 3*, 6 sqq. CICERO *De legib. II. 16*. LIVIUS *XLIII. 25*. — Auch an die schöne Erzählung bei CORNEL. NEPOS *Hannibal c. 9* möge hier erinnert werden.

⁶⁾ VARRO *De L. L. V. 160* (Ed. MUELLER).

- I. in mehreren Stücken Geldsummen in Tempeln niederlegen¹⁾, Cicero²⁾ schließt an die Worte:

Sacrilego poena est, neque ei soli, qui sacrum abstulerit, sed etiam ei, qui sacro commendatum³⁾

die Bemerkung an, daß auch zu seiner Zeit das Deponiren „in fanis“ häufig vorkomme, indem er zugleich ein Paar Beispiele solcher Depositionen aus der Griechischen Geschichte erzählt. In einem Brief⁴⁾ an Rufus heißt es:

Nam de Luceio est ita actum, ut, auctore Cn. Pompeio, ista pecunia in fano poneretur, und bald darauf:

Illud me non animaduertisse, moleste ferrem, ut ascriberem, te in fano pecuniam iussu meo deposuisse.

- An Atticus aber schreibt Cicero⁵⁾:

— quodque ex istis fructuosius rebus receptum est, id ego ad illud fanum sepositum putabam.

Suetonius giebt die Nachricht, daß Cäsar wie Augustus ihre Testamente den Vestalischen Jungfrauen zur Bewahrung eingehängt hatten.⁶⁾ Aus Herodian wissen wir, wie zur Zeit des Commodus das templum Pacis von Vielen als Aufbewahrungsort für ihre Schätze gebraucht wurde⁷⁾ und daß Septimius Severus seinen Reichtum in Tempeln niedergelegt hatte.⁸⁾ Am häufigsten aber wird der depositio „in aede sacra“, „in aede“ etc. von den Pandektenjuristen gedacht. Ich will hier eine Reihe von Fragmenten zusammenstellen, wo dieß geschieht:

1. LAVOLENUS

Fr. 5 de tabulis exhibendis (43. 5):

„in aede sacra deponendae — sunt.“

2. GAIUS

Fr. 5 famil. erciscund. (10. 2):

„in aede sacra deponi debent.“

3. PAPINIANUS

a. Fr. 31 § 3 de donationib. (39. 5):

„deposita in aede sacra.“

¹⁾ Aulularia III. 6, 47. Bacchides II. 3, 73 sqq. 101 sqq.

²⁾ De legibus II. 16.

³⁾ Vgl. dazu CICERO De legibus II. 9.

⁴⁾ Epistul. ad familiar. V. 20.

⁵⁾ Epistul. ad Attic. XV. 15.

⁶⁾ Vita Iul. Caesar. c. 83. Vita Octavianiani c. 101 (Ed. F. A. WOLF. Lips. 1802).

⁷⁾ Histor. I. I c. 14 (Ed. I. H. BOECLER. Argentorat. 1644).

⁸⁾ Ibid. I. IIII c. 4 i. f.

b. Fr. 77 § 26 de legatis II^o (31):
 „in aede sacra — deposuit.“

I.

4. MARCIANUS

Fr. 5 ad L. lul. peculat. (48. 13):
 „si in aedem sacram depositae.“

5. ULPIANUS

a. Fr. 1 §§ 36 und 37 depositi (16. 3):
 „in aede deponendo“, „rem in aedem deponi“; „rem deponi in aede aliqua.“

b. Fr. 5 § 2 eod. (16. 3):
 „apud aedem aliquam deponi.“

c. Fr. 4 § 3 famil. ercisc. (10. 2):
 „aut in aede deponi“; „aut in aede deponere.“

d. Fr. 7 § 2 de minoribus (4. 4):
 „Sed hodie solet pecunia in aedem deponi.“

6. PAULLUS

a. Fr. 73 de procuratorib. (3. 3):
 „Praeses iubeat in aede sacra pecuniam deponi: hoc enim fit et in pupillaribus pecuniis.“

b. Fr. 4 pr. de statuliber. (40. 7):
 „uel deponere in aedem pecuniam consignatam oportet.“
 Von Ulpian sind noch zwei Stellen bemerkenswert, nämlich
 Fr. 77 § 26 de legat. II^o (31) und
 Fr. 3 § 3 de tabul. exhibend. (43. 5).

In der Ersteren wird der Ausdruck „in aede sacra — deposuit“ gebraucht, was deshalb wichtig ist, weil sonst bei ihm immer nur „in aede deponi“ etc. sich findet. Beide aber geben einigen Aufschluß über die Art und Weise der depositio in aede oder in aede sacra. Fr. 77 § 26 cit. erwähnt eines Schreibens an den aedituus mit näheren Bestimmungen über den deponirten Gegenstand, Fr. 3 § 3 cit. sagt geradezu

„si custodiam tabularum aedituus — suscepit.“

Danach hatte der aedituus die custodia übernommen, also für die deponirten Sachen einzustehen, was auch aus Fr. 9 § 2 ad L. lul. peculat. (48. 13) von Paulus hervorgeht, wo es heißt:

Labeo libro XXXVIII. Posteriorum, peculatum definit, pecuniae publicae aut sacrae furtum non ab eo factum, cuius periculo fuit: et ideo aedituum in his, quae ei tradita sunt, peculatum non admittere.

So war also bei der depositio in aede der aedituus der eigentliche Depositär.

Wer aber war der aedituus? Darüber haben wir sehr befriedigende Quellenzeugnisse:

I. VARRO De L. L. VII. 12 (Ed. MUELLER):

Alterum a curando ac tutela, ut cum dicimus *Bellum tueor*, et *tueri uillam*, a quo etiam quidam dicunt illum, qui curat aedes sacras, aedituum, non aeditomum. Sed tamen hoc ipsum ab eadem est profectum origine, quod, quem uolumus domum curare, dicimus: *Tu domi uidebis*, ut PLAUTUS cum ait:

Intus para, cura, uide quod opus fiat.

IBID. VIII. 61:

Si ab aede et tuendo aeditumus est, cur non ab atrio et tuendo potius atritumus sit quam atriensis?¹⁾

PAULLUS Diacon. e Festo s. u. Aedituus (Ed. MUELLER p. 13): Aedituus aedis sacrae tutor, id est curam agens. Aeditimus aedis intimus.

GELLIUS Noct. Att. XII. 10:

„Aeditimus“ uerbum Latinum est et uetus, ea forma dictum, qua „finitimus“ et „legitimus.“ Pro eo a plerisque nunc „aedituus“ dicitur noua et commenticia usurpatione, quasi a tuendis aedibus appellatus. Satis hoc esse potuit admonendi gratia dixisse [...] propter agrestes quosdam et indomitos certatores, qui nisi auctoritatibus adhibitis non comprimuntur.

M. VARRO in libro II^o ad Marcellum de Latino sermone „aeditumum“ dici oportere censet, magis quam „aedituum“, quod alterum sit recenti nouitate fictum, alterum antiqua origine incorruptum. LAEVIUS quoque, ut opinor, in Protesilaodamia „claustritumum“ dixit, qui claustris ianuae praeesset, eadem scilicet figura, qua „aeditumum“ dici uidebat, qui aedibus praeest. In Verrem M. TULLI in exemplaribus fidelissimis ita inueni scribtum: „Aeditumi custodesque mature sentiunt“ in libris autem hoc uulgaris „aeditui“ scribtum est. POMPONI fabula atellania est, quae ita scribta est: „Aeditumus.“ In qua hic uersus est:

„Quis tibi postquam appareo atque aeditumor in templō tuo.“

TITUS autem LUCRETIVS in carmine suo pro „aedituis“ „aedituentes“ appellat.

Damit übereinstimmend sind die Stellen, wo sonst der aedituus erwähnt wird²⁾, namentlich:

PAULLUS Fr. 1 § 1 de tutelis (26. 1):

— itaque appellantur tutores, quasi tutores, atque defensores: sicut aeditui dicuntur, qui aedes tumentur,

¹⁾ Vgl. noch VARRO De L. L. V. 50 und 52. Id. De R. R. I. 2.

²⁾ PLAUTUS Curcul. I. 3, 48. CICERO Accus. in C. Verrem I. III. c. 44. Id. Topica VIII. Sueton. Domitian. c. 1. GELLIUS Noct. Att. VI. (VII.) 1, 6 und II. 10, 4.

woraus offenbar § 2 I. de tutel. (1. 13) entnommen ist, eine Stelle, 1. welche Theophilus paraphrasirt:

— ὡπερ aeditui λέγονται οἱ ἱερεῖς, qui aedes tuentur, *τουτέστιν οἵτινες τοὺς ναοὺς ἀσφαλίζονται.*¹⁾

Der aedituus war also nicht bloß der Wächter des Tempels — außer ihm werden ja noch eigentliche custodes erwähnt — sondern er war der Aufseher, „qui aedibus praeerat“, der also die Baulichkeiten im Stande zu halten, die in denselben befindlichen Gegenstände zu hüten und für die Bewachung Sorge zu tragen hatte. Wir würden ihn mit einem modernen Ausdruck recht wohl den Kastellan des Tempels nennen können. Er wohnte in einer Zelle im oder nahe bei dem Tempel.²⁾ Bei größeren Tempeln scheinen mehrere aeditui gewesen zu sein; bei kleineren befand sich wohl kein besonderer aedituus, sondern der Priester besorgte die Geschäfte desselben. Der Umstand, welcher dem Jac. Nāvardus so viele Not macht, daß bei Varro und den älteren Schriftstellern der aedituus nicht als Priester aufgeführt wird, während ihn doch Theophilus Priester nennt, ist daher von geringem Belang und erklärt sich einfach, wenn wir bedenken, daß Theophilus jedenfalls den aedituus in christlichen Kirchen vor Augen hatte, welcher wohl immer geistlichen Standes war.³⁾

Weshalb aber wählte man gerade die Tempel zu Depositorien? Einmal weil in älterer Zeit die Entwendung der dort deponirten Sachen, wie wir aus Cicero⁴⁾ wissen, als Sacriligium härter bestraft wurde, was freilich später hinwegfiel, da nach einem Rescript von Septimius Severus und Caracalla in solchem Falle die einfache Strafe des Diebstahls eintreten sollte⁵⁾; dann aber auch, weil die Tempel besonders gut verwahrt und bewacht waren, worüber namentlich zu vergleichen ist:

ARNOBIVS Aduers. gentes lib. VI. c. 20:

Et tamen, o isti! si apertum uobis et liquidum est, in signorum uisceribus Deos uiuere, atque habitare coelites, cur eos sub ualidissimis clauibus, ingentibusque sub claustris, sub repagulis, pessulis, aliisque huiusmodi rebus custoditis, conseruatis, atque habetis inclusos, ac ne forte fur aliquis, aut nocturnus irrepit latro, aedituis mille protegitis, atque excubitoribus mille.

¹⁾ Für aedituus braucht SCAEVOLA in Fr. 20 de annuis legat. (33. 1): „hierophylax“. In alten Glossen findet sich „ναοφύλαξ“ und „νεωφύλαξ“.

²⁾ MINUCIUS FELIX Octau. XXV. 12 (Ed. Hal. 1699), welcher Schriftsteller auch erwähnt, es sei in den Zellen der aeditui oft eben so schlimm hergegangen, wie in Bordellen.

³⁾ Uebrigens scheint man auch die thürhütenden Sklaven in Privathäusern bisweilen aeditui genannt zu haben. Vgl. SERVIUS ad VERGIL. Aen. VIII. 647.

⁴⁾ De legib. II. 16. S. oben S. 364.

⁵⁾ MARCIANUS Fr. 5 ad L. Iul. peculat. (48. 13).

1. Uebrigens pflegten die Römer wertvolle Sachen und Geld wohl auch bei ihren Banquiers (argentarii, nummularii) zu deponiren. Daraus bezieht sich Ulpian in

Fr. 24 § 2' de reb. auctoritate iudic. (42. 5):

In bonis mensularii uendundis post priuilegia potiore eorum causam esse placuit, qui pecunias apud mensam fidem publicam secuti deposuerunt. Sed enim qui depositis nummis usuras a mensulariis acceperunt, a ceteris creditoribus non separantur; et merito: aliud est enim credere, aliud deponere. Si tamen nummi extent, uindicari eos posse puto a depositariis, et futurum eum, qui uindicat, ante priuilegia.

Wie aus dem Fragment hervorgeht und auch anderweit bekannt ist, nahmen die argentarii eine gewisse öffentliche Stellung ein („qui — fidem publicam secuti deposuerunt“), namentlich wurden ihre Läden als loci publici betrachtet¹⁾, so daß man recht wohl dem Markardus beistimmen könnte, wenn er Ausdrücke wie „in publico deponere“²⁾, „publice deponere“³⁾, „in publico loco deponere“⁴⁾, auf jene Deposition bei den Argentariis bezieht. Allein ich glaube, daß man ebensowohl an eine depositio in aede sacra denken kann und daß die jüngeren Röm. Juristen damit eher eine andere Art öffentlicher Deposition meinten.

Melius Lampridius⁵⁾ erzählt von Alexander Sever:

Horrea in omnibus regionibus publica fecit, ad quae conferrent bona ii, qui priuatas custodias non habeant.

Diese öffentlichen kaiserlichen Depositorien scheinen längere Zeit bestanden zu haben und sie sind gemeint, wenn die Kaiser Diocletian und Maximian in C. 9 de pignorat. act. (4. 24) von „horrea, quibus et alii solebant publice uti,“ reden. Wenn daher bei späteren Schriftstellern ein „in publico loco deponere“ vorkommt, wird zunächst an die Deposition in horreis publicis zu denken sein. Doch würde man irren, wenn man glaubte, die depositio in aede habe nunmehr aufgehört. Diese ging vielmehr von den heidnischen Tempeln auf die christlichen Kirchen über und noch zu Kaiser Justinian's Zeiten hatte, wie schon oben ausgeführt worden, namentlich jede größere Kirche in ihrem cimeliarchium ein eigentliches Depositorium (vgl. S. 358).

¹⁾ ULPIANUS Fr. 32 de contrah. empt. (18. 1).

²⁾ CAESAR De bello ciuil. I. 23.

³⁾ PAPINIANUS Fr. 56 § 1 mandati (17. 1).

⁴⁾ HERMOGENIAN. Fr. 64 de fideiussorib. (46. 1).

⁵⁾ ALEXAND. SEVERUS c. XXXVIII. Ed. Histor. August. scriptor. VI. Lips. 1774.

Beilage II.

Pignus und Arrha.

Es ist uralte Sitte, ein Versprechen dadurch zu bekräftigen, daß man dem Gegner eine Sache giebt und ihm daran ein Recht einräumt, wodurch seinem Anspruch Realsicherheit gewährt wird. Die so gegebene Sache heißt *arrhabo*, *arrha* oder auch *pignus*. Beispiele einer solchen Realcaution kommen sowohl bei einfachen Zusagen im freundschaftlichen Verkehr¹⁾, als bei völkerrechtlichen²⁾ und privatrechtlichen Verpflichtungen vor.

Ich will zunächst, um den Sprachgebrauch zu untersuchen, einige Beispiele zusammenstellen, in welchen die Wörter in ähnlicher oder gleicher Bedeutung vorkommen.

I. PLAUTUS

1. *Miles gloriosus*. III. 1 uu. 11 sqq. [FLECKEISEN]:

— — PALAESTRIO. Hunc arrabonem amoris primum a me accipe.

PYRGOPOLINICES. Quid hic? undest? PA. A luculenta atque [a] festiua femina,

Quae te amat tuamque expetessit pulcram pulcritudinem.

Eius nunc mi anulum ad te ancilla porro ut deferrem dedit.

Dazu ist zu vergleichen:

IBID. III. 3 uu. 38 sq.:

PA. Quasique anulum hunc ancillula tua aps te detulerit ad me, Quem [porro] ego militi darem tuis uerbis.

IBID. uu. 56 sqq.:

PA. Age, Periplectomene, has nunc iam duc intro. ego [eo] ad forum, illum

¹⁾ Vgl. z. B. TERENT. *Eunuch*. Act. III sc. 4.

²⁾ Vgl. z. B. GELLIUS *Noct. Att.* XVII. 2, 21.

Muther, *Sequester*.

- II. Conueniam atque hunc ei anulum dabo atque praedicabo
A tua esse uxore mihi datum eamque illum deperire.

IBID. III. 2 u. 58:

MILPHIDIPPA: — — — — —

Nam hunc anulum [ego] ab tui cupienti huic detuli, hic [ad te] porro.

2. Trunculentus III. 2 uu. 18 sqq. [GRONOV.]:

ASTAPHIUM. Sequere intro me, amabo, mea uoluptas. STRATILAX.

Tene hoc tibi:

Rabonem habeto, mecum ut hanc noctem sies.

As. Perii! rabonem? quam esse dicam hanc beluam?

Quin tu arrabonem dicis? St. „Ar“ facio lucri:

Vt Praenestinis conia est ciconia.

3. Mostellaria III. 1 uu. 107 sqq. [GRONOV.]:

— — — TRANIO. Aedeis filius

Tuus emit. THEUROPIDES. Aedeis? Tr. Aedeis. Th. Euge Philolaches

Patrissat. Iam homo in mercatura uortitur.

Ain tu, aedeis? Tr. Aedeis, inquam. Sed scin' cuiusmodi?

Th. Qui scire possim? Tr. Vah! Th. Quid est? Tr. Ne me roga.

Th. Nam quid ita? Tr. Speculo claras, clarorem merum.

Th. Bene hercle factum. Quid? Eas quanti destinat?

Tr. Talentis magnis totidem, quot ego et tu sumus.

Sed arraboni has dedit quadraginta minas.

Eqf. IBID. III. 3 uu. 13 sqq.:

Tr. Me suasore atque impulsore id factum audacter dicito:

Qui subegi, foenore argentum ab Danista ut sumeret,

Quod isti dedimus arraboni.

IBID. III. 2 uu. 61 sqq.:

— — — Th. Quid, is aedes emit hic proxumas?

PHANISCUS. Non aio. Th. Quadraginta etiam dedit huic quae essent pignori?

Ph. Neque illud aio. — —

IBID. III. 3 uu. 18 sqq.:

Th. Minas quadraginta accepisti, quas sciam,

A Philolachete. SIMO. Nunquam nummum, quod sciam.

Th. Quid, a Tranione feruo? Si. Multo id minus.

Th. Quas arraboni tibi dedit? Si. Quid somnias?

Th. Egone? at quidem tu, qui istoc te speras modo

Potesse dissimulando infectum hoc reddere.

Si. Quid autem? Th. Quod me absente tecum hic filius

Negotii gessit. Si. Mecum ut ille hic gesserit,

Dum tu hic abes, negotii? Quidnam? Aut quo die?

Tu. Minas tibi octoginta argenti debeo. II.
 Si. Non mihi quidem hercle. Verum, si debes, cedo.
 Fides seruanda est, nè ire inficias postules.
 Tu. Profecto non negabo debere, et dabo.
 Tu caue quadraginta accepisse hinc ne neges.
 Si. Quaeso edepol huc me aspecta, et responde mihi.
 Te uelle uxorem aiebat tuo nato dare,
 Ideo aedificare hoc uelle aiebat in tuis.
 Tu. Hic aedificare uolui? Si. Sic dixit mihi.
 Tu. Hei mihi, disperii! *etc.*

IBID. V. 1 uu. 29 sqq.:

— — — Tu. Edepol mihi opportune aduenit.
 Nostrum ego hunc uicinum opinor esse hominem audacem et malum.
 Tu. Quid dum? Tu. Qui negat nouisse uos. Tu. Negat? Tu.
 Nec uis sibi
 Nummum unquam argenti dedisse. Tu. Abi, ludis me, credo:
 haud negat *etc.*

4. Poenulus V. 5 uu. 1 sqq. [GRONOV.]:

ANTHEMONIDES. Si ego minam non ultus fuero probe, quam lenoni dedi,
 Tum profecto me sibi habento scurrae ludificatui.
 Is etiam me ad prandium ad se adduxit ignauissimus,
 Ipse abiit foras, me reliquit pro atriensi in aedibus:
 Vbi nec leno, neque illae redeunt, nec quod edim quidquam datur:
 Pro minore parte prandii pignus cepi, abii foras,
 Si dederò, aere militari tetigero lenunculum.
 Nactus est hominem, mina quem argenti circumduceret.

IBID. V. 6, 22

AN. Leno! arrabonem hoc pro mina mecum fero.

5. Rudens Prolog. uu. 44 sqq. [FLECKEISEN]:

Amare coepit: ad lenonem deuenit,
 Minis triginta sibi puellam destinat
 Datque arrabonem et iuraturando adligat.

IBID. II. 6 uu. 70 sqq.:

LABRAX. Nunc si me adulescens Plesidippus uiderit,
 Quo ab arrabonem pro Palaestra acceperam,
 Is exhibebit hic iam mihi negotium.

IBID. III. 6 uu. 22 sqq.:

PLESIDIPPUS: — — —
 Age, ambula in ius. LA. Quid ego deliqui? PL. Rogas?
 Quine arrabonem a me accepisti ob mulierem
 Et eam hinc auexti.

II.

II. TERENTIUS

Heautontimorum. III. 4 uu. 10 sqq. (Ed. REINHARDT):

— — SYRUS. Fuit quaedam anus Corinthia

Hic; huic drachumarum argenti haec mille dederat mutuum.

CHREMES. Quid tum? Sy. Ea mortua'st: reliquit filiam adulescentulam

Ea relicta huic arraboni est pro illo argento. CHR. Intellego.

Sy. Hanc secum huc adduxit, eam, quae est nunc apud uxorem tuam.

CHR. Quid tum? Sy. Cliniam orat, sibi ut id nunc det: illa illi tamen

Post datum iri mille numum praes sit. CH. Et praes sit quidem?

Sy. Hui,

Dubium id est? ego sic putavi. CH. Quid nunc facere cogitas?

Sy. Egone? ad Menedemum ibo: dicam, hanc esse captam ex Caria, Ditem et nobilem: si redimat, magnum esse in ea re lucrum.

CH. Erras. Sy. Quid ita? CH. Pro Menedemo nunc ego tibi respondeo: „Non emo etc.

Vgl. IBID. III. 3 uu. 42 sqq.:

Sy. Fiat: quaeratur aliud, sed illud, quod tibi dixi de argento, quod ista debet Bacchidi,

Id nunc reddendum'st illi: neque tu scilicet

Eo nunc confugies, quid mea? num mihi datum'st?

Num iussi? Num illa oppignerare filiam

Meam me inuito potuit? uere illud Chreme

Dicunt, ius summum saepe summa est malitia.

CH. Haut faciam. Sy. Immo aliis si licet, tibi non licet.

Omnes te in lauta esse et bene aucta re putant.

CH. Quin egomet iam ad eam deferam etc.

III. APULEIUS

Metam. I c. 21 [HILDEBRAND].

Inibi iste Milo deuersatur ampliter nummatus et longe opulentus, uerum extremae auaritiae et sordis infimae infamis homo; foenus denique copiosum sub arrhabone auri et argenti crebriter exercens: exiguo Lare inclusus et aerugini semper intentus, cum uxorem etiam calamitatis suae comitem habeat.

Hier wird überall pignus und arrha fast ohne Unterscheidung gebraucht. In den Stellen I. 1 und I. 2 steht arrhabo nicht im juristischen, sondern in einem übertragenen Sinn, etwa wie wir Unterpfand und die Römer häufig pignus gebrauchen.

Rückfichtlich der anderen Stellen läßt sich die juristische technische Bedeutung nicht abläugnen, und zwar wird in den Stellen sub I. 3

I. 4 und II. dasjenige, was an dem einen Ort arrhabo heißt, an II. dem anderen pignus genannt, in I. 5 aber könnte gerade so gut, wie in I. 3 arrhabo anstatt pignus stehen und in der Stelle sub III. endlich sollte man wohl eher pignus als arrhabo erwarten.

Und doch erkennen die Römer selbst an, daß ein Unterschied zwischen pignus und arrha stattfindet. Die wichtigsten Stellen in dieser Beziehung sind von späteren Schriftstellern. Aus der Zeit der Republik finde ich eine Bemerkung über die Bedeutung von arrha nur bei:

VARRO De Ling. Lat. V. 175 (Ed. MUELLER):

Arrabo sic data, ut reliquom reddatur; hoc uerbum item a Graeco ἀρραβών.¹⁾ Reliquom, quod ex eo quod debitum reliquom.

Damit stimmen in gewisser Beziehung überein:

S. AURELI AUGUSTINI Episcopi Sermo XXIII De XXXIII u. Psalmi LXXII Cap. 8²⁾:

Pignus enim accepimus. Quid illud est, cuius pignus tale est? Quamquam melius habent codices, qui habent arram, quam qui habent pignus. Eadem quippe rem interpretes dicere uoluerunt. Interest tamen aliquid in loquendi usu inter arram et pignus. Pignus enim quando datur, cum datum fuerit propter quod pignus datum est, pignus auferetur. Iam multos uestrum intellexisse non dubito. Non uideo, sed ex collocatione, quia loquimini ad alterutrum, sentio eos qui intellexerunt, uelle exponere iis, qui nondum intellexerunt. Ergo planius aliquanto dicam, ut ad omnes perueniat. Accipis, uerbi gratia, codicem ab amico tuo; ut tibi det, das aliquod pignus: cum reddideris quod accepisti, propter quod pignus posuisti, ille quod reddideris habebit, tu pignus recipies: non enim habebit ambas res.

Cap. 9. Quid ergo, Fratres? Si caritatem modo Deus tamquam pignus dedit per Spiritum-sanctum suum, cum rem ipsam reddiderit, qua promissa pignus dedit, auferendum est nobis pignus? Absit. Sed quod dedit, hoc implebit. Ergo melius arra quam pignus. Aliquando enim pretium, uerbi gratia, praeparas dare pro ea re quam tenes bonae fidei contractu, de ipso pretio das aliquid; et erit arra, non, pignus; quod sit complendum, non quod auferendum. Etc.

¹⁾ Das griechische Wort stammt wahrscheinlich aus dem Hebräischen. Ueber die Bedeutung ist zu vergleichen SUWAS, Lexic. (Ed. BERNHARDY): *Ἀραβών· ἡ ἐν ταῖς ὥραις περὶ τῶν ὠνούμενων δεδομένη πρώτη καταβολὴ ἐπὶ ἀσφαλείας.*

²⁾ Ausg.: S. AURELI AUGUSTINI Hipponensis Episcopi Opp. . . . Opera et studio Monachorum Ordinis S. Benedicti e congregatione S. Mauri. Ed. III^a Veneta. Tom. VII. pars I^a. Bassani 1802. Col. 125.

H. Ib. Sermo CLVII De uerbis Apostoli Röm. VIII c. 13¹:

Qualis res est, si pignus tale est? Nec pignus, sed arra dicenda est. Pignus enim quando ponitur, cum fuerit res, ipsa reddita, pignus aufertur. Arra autem de ipsa re datur, quae danda promittitur; ut res quando redditur, impleatur quod datum est, non mutetur.

Ib. Sermo CCCLXXVIII In die Pentecostes²):

Melius enim dicitur arra quam pignus. Haec enim duo similia uidentur inter se; sed tamen habent aliquam differentiam non negligendam. Et pignus quando datur, et arra quando datur, ideo fit, ut quod promittitur impleatur: sed quando datur pignus, reddit homo quod accepit, re completa propter quam pignus accepit; arra autem quando datur, non recipitur, sed superadditur ut impleatur.

ISIDOR. Etymol. lib. V c. 25 N. 20:

Interest autem in loquendi usu inter pignus et arram. Nam pignus est quod datur propter rem creditam, quae dum redditur, statim pignus aufertur. Arra uero est, quae primum ex parte datur, et postea completur.

21. Est enim arra complenda, non auferenda, unde qui habet arram, non reddit, sicut pignus, sed desiderat plenitudinem et dicta arra a re, pro qua traditur. Item inter pignus et fiduciam et hypothecam hoc interest.

22. Pignus est enim, quod propter rem creditam obligatur: cuius rei possessionem solam ad tempus consequitur creditor. Ceterum dominium penes debitorem est.

23. Fiducia est, quum res aliqua sumendaq; mutuae pecuniae gratia uel mancipatur, uel in iure ceditur.

24. Hypotheca est, quum res commodatur sine depositione pignoris, pactionis, uel cautione sola interuentione.³)

Auch ein altes von Briffonius¹) citirtes Glossar giebt eine ähnliche Begriffsbestimmung der arrha:

Arra est non solum sponsio coniugalis, sed pro qualibet promissa re data ut compleatur.

Es ist einleuchtend, daß überall nicht eine genaue juristische Un-

¹) Edition. cit. T. VII pars I^a col. 757.

²) Ed. cit. Tom. VII pars II^a col. 1492.

³) Ähnliches f. bei CHRYSOSTOM. Homil. De capto Eutropio et de diuitiar. uanitate c. 12 (Ed. MONFAUCON Paris 1835 Tom. III p. 474). Ib. De resurrectione mortuor. c. 8 (Tom. II p. 515). Vgl. noch die in der REITZschen Ausgabe des THEOPHILUS (Ad Pr. I. de emphone et uenditione [3. 23]) citirten Stellen des CHRYSOSTOMUS.

⁴) De Verb. Sign. s. u. Arra.

tercheidung zwischen *pignus* und *arrha* gegeben werden soll, sondern II. daß es sich lediglich um die Darstellung des gemeinen Sprachgebrauchs handelt. Daher erklärt es sich auch, daß bloß die im Verkehr am häufigsten vorkommende Form der *arrha*, die in Geld bestehende *arrha*, ins Auge gefaßt wird, ein Fehler, an dem schon Plinius laborirt, wenn er sagt:

Histor. natural. XXXIII. 6 i. f. (I. SILLIG):

— *argumento est consuetudo vulgi, ad sponsiones etiamnum anulo exsiliente, tracta ab eo tempore, quo nondum erat arrha uelocior, ut plane affirmare possimus, nummos ante apud nos, mox coepisse anulos.*

Da der älteren Sitte, Ringe bei Betten einzusetzen (*pignore certare*), die *arrha* gegenübergestellt und dann gesagt wird, vor Einführung des Geldes seien die Ringe in Gebrauch gewesen, muß die *arrha* notwendig als Geben von Geld aufgefaßt sein. Und doch wird nicht bloß von Plautus und Terentius auch beim Eingeben von Dingen und anderen Sachen von *arrhabo* gesprochen, sondern noch Ulpian faßt das Einsetzen von Ringen zur Sicherung der Contracte als *arra* auf¹⁾ und auch das Ueberreichen des Verlobungsringes (*anulus pronubus*) galt als *arrha sponsalitia*²⁾, wie denn überhaupt rückfichtlich Letzterer die Wörter *arrha* und *pignus* auch in späteren Zeiten noch gleichbedeutend gebraucht werden.³⁾

So können wir uns denn von den citirten Schriftstellern wenig Rath erhalten. Und doch ist der Versuch Augustin's und Isidor's, einen Unterschied zwischen *arrha* und *pignus* zu finden, ein deutlicher Beweis, daß wirklich im Leben und in der Anwendung ein solcher existirte, wenn auch den genannten nichtjuristischen Schriftstellern (ebenso wie dem Varro und Plinius) der eigentliche Kern der

¹⁾ Fr. 11 § 6 de actionib. empti uenditi (19. 1). Fr. 5 § 15 de institor. act. (1. 3).

²⁾ Cuiacius Obsenuat. XI. 17 und die dort Citirten. Freilich wird von Iuvenalis VI. 27:

„— et digito pignus fortasse dedisti“

der *anulus pronubus* ein *pignus* genannt, ebenso von S. EUSEB. HIERONYMUS Laus uirginitatis (Opp. ed. MARTIANAY et POUGET. Paris 1693—1706. Tom. V col. 114): „Quaecumque ergo humanorum sponsaliorum pignoribus subarratur.“ Allein das erklärt sich daraus, daß die *arra sponsalitia* überhaupt öfter *pignus* genannt wird. S. folg. Note.

³⁾ Imppp. GRATIANUS, VALENTINIANUS et THEODOSIUS CC. 10. 11 §§ 1 und 4 C. Th. de spons. (3. 5) vgl. mit HONORIUS et THEODOSIUS C. 1 C. Th. si nuptiae ex rescripto pet. (10. 10). — Uebrigens scheint auch das Einsetzen von Spielmarken als *arrha* gegolten zu haben, denn die bei C. F. HOMMEL Iurisprud. numismatib. illustrata Lips. 1763 p. 67 sqq. erwähnte und abgebildete Münze mit der Inschrift: QVI LVDIT || ARRAM || DET QVOD || SATIS SIT ist doch wohl eine Spielmarke.

- II. Sache entging und etwas Außerliches und mehr Zufälliges für das Charakteristische und mit Nachdruck zu Betonende genommen wurde.

Etwas ergiebiger, obwohl uns nicht befriedigend, ist eine Stelle bei Gellius (Noct. Att. XVII. 2, 21). Dieser führt folgende Stelle aus D. Claudius [Quadrigarius] an:

Cum tantus — arrabo penes Samnites populi Romani esset, zu welcher er bemerkt:

„Arrabonem“ dixit sescentos obsides et id maluit, quam pignus dicere, quoniam uis huius uocabuli in ea sententia grauior acriorque est. Sed nunc „arrabo“ in sordidis uerbis haberi coeptus ac multo uidetur sordidius „arra“, quamquam „arra“ quoque ueteres saepe dixerint et compluriens LABERIUS.

Das Wort arrhabo ist stärker und kräftiger, wird behauptet. Demnach fallen allerdings pignus und arrhabo unter einen gemeinsamen Gattungsbegriff, aber arrhabo ist die stärkere, kräftigere Species. Erinnern wir uns nun, daß pignus eine doppelte Bedeutung hat, eine weitere, in welcher es jede Realcaution durch Pfandbestellung, also jede Art der Verpfändung¹⁾, und eine engere, wo es nur das Kaufpfand bezeichnet, so wäre es möglich, daß arrhabo wohl unter pignus im weiteren Sinne sich subsumiren ließe, daß es aber dem pignus im engeren Sinn als die stärkere und kräftigere Species gegenüberstände. Wie läßt sich diese Unterscheidung schärfer juristisch auffassen und ausdrücken?

Daß im Verkehr öfter Geld als eine andere Sache zur arrha gegeben wurde, geht aus den citirten Stellen von Varro, Plinius, Augustinus, Isidor zur Genüge hervor. Wenn aber A dem B Geld zahlt, um eine Forderung des Letzteren zu sichern, so kann dies nur so geschehen, daß A das Eigenthum an dem Geld auf B überträgt, während B sich verpflichtet, jenes Geld zurückzuerstatten, wenn A der Verpflichtung, für welche Sicherheit gewährt werden soll, nachgekommen sein werde. So entsteht neben der Hauptobligation eine bedingte Nebenobligation, in welcher der Creditor der Hauptobligation Debitor und der Debitor der Hauptobligation Creditor ist. Diese bedingte Nebenobligation ähnelt dem pactum fiduciae, nur daß in unserem Fall Eigenthum an einer res fungibilis durch bloße Tradition übertragen und daher eintretenden Falls dieselbe nicht in specie, sondern in genere zu restituiren ist. Die Ähnlichkeit tritt noch deutlicher hervor, wenn wir uns nichtfungible res nec mancipi, z. B. Ringe, zur arrha gegeben denken. Was uns abhalten könnte, den fraglichen Nebenvertrag geradezu als ein pactum fiduciae zu charakterisiren, ist der Umstand, daß gewöhnlich angegeben wird, ein

¹⁾ S. die Wörterbücher.

pactum fiduciae könne nur zu der feierlichen Eigenthumsübertragung II. durch in iure cessio und mancipatio hinzutreten. Allein die Stellen bei Gaius, auf welche man sich beruft:

Institut. II. 59:

Adhuc etiam ex aliis causis sciens quisque rem alienam usucapit: nam qui rem alicui fiduciae causa mancipio dederit uel in iure cesserit, si eandem ipse possederit, potest usucapere, anno scilicet, etiam soli si sit.

Institut. III. 201:

— debitor quoque qui fiduciam quam creditori mancipauerit aut in iure cesserit, detinet, ut superiore commentario rettulimus, sine furto possidere et usucapere potest.

beweisen keineswegs, daß die fiducia immer eine mancipatio oder in iure cessio voraussetzte. Es werden vielmehr nur deshalb Fälle der fiducia bei Eigenthumsübertragungen durch in iure cessio und mancipatio angeführt, weil es sich um die usureceptio handelt und diese vorzugsweise für den Fall eingeführt war, wo die einem Freund oder einem Creditor sub pacto fiduciae mancipirte oder in iure cedirte res mancipi einfach zurücktradiert, nicht aber, wie es sich gehört hätte, durch jene feierlichen Handlungen in bester Form Rechts ins Eigenthum des Deponenten oder des Verpfänders zurückübertragen wurde. Auf die oben (S. 374) abgedruckte Stelle Isidor's aber kann man sich ebensowenig berufen, wie auf Gaius; dieselbe bezieht sich lediglich auf die „fiducia cum creditore pignoris iure“, und zwar auf den speciellen Fall, wo die Verpfändung für ein Darlehn geschehen war, so daß anzunehmen ist, die Quelle, aus welcher Isidor schöpfte, habe geradeso wie Gaius mit gutem Grund, vielleicht wieder weil von der usureceptio die Rede, nur die fiducia bei Eigenthumsübertragung durch in iure cessio oder mancipatio berücksichtigt. Einen Fall der Freundschaftsfiducia hat Boethius (Ad Cicer. Top. c. 10 l. III) vor Augen, wenn er sagt:

Fiduciam accipit, cuicunque res aliqua mancipatur, ut eam remanecipet; uelut si quis tempus dubium timens, amico potentiori fundum mancipet, ut ei, quum tempus, quod suspectum est, praeterierit, reddat. Haec mancipatio fiduciaria nominabatur; idcirco quod restituendi fides interponitur.

Allein auch diese Stelle bringt nur ein Beispiel, nicht alle möglichen Fälle der Eigenthumsübertragung sub pacto fiduciae. Das zeigt sich darin, daß nicht einmal der in iure cessio, welche doch anderwärts ausdrücklich genannt ist, gedacht wird.

In älterer Zeit mußte derjenige, welcher während seiner Abwesenheit dem Freund kostbare Kunstwerke, goldene und silberne Gefäße zur Verwahrung übergab, dem Depositär, wenn er bei der Ungulässig-

II. freit der prozeßualischen Stellvertretung im Rezigactionenprozeß¹⁾ denselben auch zur etwa notwendigen Klagenenerhebung oder Bertheidigung ermächtigen wollte, das Eigenthum gerade so gut übertragen, wie bei res mancipi. Die Eigenthumsübertragung sub pacto fiducia wird also dort ebenso vorgekommen sein, wie hier. Das Bedürfnis nach rechtlichem Schutz des pactum fiduciae war in beiden Fällen gleich stark, und so glaube ich denn, daß auch einer Eigenthumsübertragung durch traditio das pactum fiduciae mit voller Wirkung beigelegt werden konnte: auch hier verlangte es die bona fides, den Uebertragenden nicht zu verlassen und die actio fiduciae trägt vor allen anderen Klagen den Character eines bonae fidei iudicium, ja sie ist die in eine Klage verkörperte Berücksichtigung der bona fides selbst.²⁾

Ich characterisire daher unbedingt die arrha als Verpfändung durch Eigenthumsübertragung sub pacto fiduciae. Möglich jedoch, daß man gerade, da für die arrha ein besonderer Name eingeführt wurde, den Ausdruck fiducia vorzugsweise bei der durch mancipatio oder in iure cessio geschehenen Eigenthumsübertragung brauchte. Deshalb wollen wir auch diese der arrha gegenüber immer als „fiducia im engeren Sinn“ aufführen. Bestand die arrha in Geld, so ist es ganz natürlich, daß man, wenn der Gegenstand der Hauptleistung mit demjenigen der arrha gleichartig war, bei der Hauptleistung die schon gegebene arrha abzog, indem man dann die Forderung des Creditor in der Hauptobligation mit derjenigen des Creditor aus dem pactum fiduciae theilweise compensirte, und vielleicht ist dies einer der Fälle, wo die Compensation zuerst zu einer notwendigen wurde. Bestand dagegen die arrha aus nichtfungiblen Sachen, so trat wohl dasselbe juristische Verhältniß ein, aber an eine Compensation der Hauptforderung mit der Forderung aus dem pactum fiduciae war nicht zu denken. Es mußte vielmehr hier der Gegenstand der arrha nach erfolgter Hauptleistung stets zurückgegeben werden und es war diese Zurückgabe mit der actio fiduciae erzwingbar.

Daß eine in Geld oder in anderen res fungibiles bestehende arrha nicht von einem Darlehnschuldner gegeben wurde, ist einleuchtend, da ja der das Darlehn Aufnehmende Geld brauchte und somit solches nicht zur Sicherung der Forderung seines Gläubigers geben, bezüglich sich dasselbe durch den Verkauf seiner res fungibiles nicht

¹⁾ GAIUS III. 82. Keller, Röm. Civilprozeß § 54 S. 220.

²⁾ Vgl. CICERO Orat. pro Q. Roscio c. 6. Id. Epist. ad diuers. VII e. 12: „Vbi porro illa erit formula fiduciae: Ut INTER BONOS BENE AGIER OPORTET.“ Cf. Id. De offic. III. 15 und 17; De nat. Deor. III. 30; Orat. pro Caec. c. 3. Wenn eben S. 48 Not. 2 bemerkt ist: „Ueberdem konnte die fiducia nur durch Mancipation oder in iure cessio eingegangen werden“, so bezieht sich das natürlich nur auf die fiducia bei res mancipi.

verschaffen konnte. So werden denn zur Sicherung eines Darlehns II. immer *res non fungibiles* gegeben worden sein. Die wichtigsten der im Verkehr vorkommenden *res non fungibiles* sind aber *res Mancipi*, daher bei dem Darlehn meistens eine *fiducia* im engeren Sinn angewendet werden mußte, worauf sich auch § 23 der mehrfach allegirten Stelle Iffendorfs zu beziehen scheint, obwohl die oben abgedruckten Stellen aus Terenz (*Heautontim.* III. 4, 10 sqq.)¹⁾ und Apuleius (*Metam.* I. c. 21) beweisen, daß es nicht unerhört war, auch beim Darlehn von einem *arrhabo* zu sprechen, so daß also die *arrha* (vielleicht wenn das Pfand in nichtfungiblen *res nec Mancipi* bestand) bei diesem Rechtsgeschäft doch auch vorgekommen sein muß. Ebenso ist es kein Zweifel, daß auch bei anderen *stricti iuris obligationes* die *arrha* angewendet wurde, wenngleich bei bedingten Sponsionen oder Stipulationen (z. B. bei Betten) es wohl practischer war, das eigentliche *pignus* zu gebrauchen, da ja die Forderung dort noch ins Un sichere gestellt blieb und es daher gewiß überflüssig gewesen wäre, sich dafür der stärksten Form der Verpfändung zu bedienen. So blieben denn als eigentliches Gebiet für die *arrha* die *bonae fidei contractus* und die formlosen Verträge übrig, unter jenen aber kam sie am häufigsten in Anwendung beim Kauf. Die *fiducia* im engeren Sinn würde für diese Geschäfte wegen der förmlichen Eigenthumsübertragung durch *mancipatio* zu unbequem und überdem bei *res nec Mancipi* also auch bei Geld nicht möglich sein, das *pignus* aber kann an Geld, da die Uebertragung des bloßen Besitzes daran nicht denkbar, ebenfalls nicht stattfinden. Daher erklärt es sich denn, weshalb gerade bei *bonae fidei negotia* eine meistens in Geld bestehende *arrha* am häufigsten erwähnt wird.

Ich brauche kaum ausdrücklich zu bemerken, daß dieses Alles von einer Zeit gilt, wo das Recht des Pfandverkaufs jedenfalls noch nicht mit dem Pfandrechte *ipso iure* verbunden war, wo sogar die Verkaufsberechnung noch nicht oder doch höchst selten vorgekommen zu sein scheint.²⁾ Häufiger wurde in jener alten Zeit die *lex commissoria* den Verpfändungen aller Art beigelegt. Zu den schon oben³⁾ an-

¹⁾ Bemerkenswert ist es übrigens, daß TERENTIUS gerade die Verpfändung eines Kinds *arrhabo* nennt. Eine solche Verpfändung konnte jedenfalls nur so geschehen, daß der Vater das Kind *sub pacto fiduciae* ins *Mancipium* gab. Buchta, Institutionen Bd. 2 § 274 S. 732. Bei TERENTIUS hat nun freilich die angebliche Mutter das Kind verpfändet, welche dasselbe nicht *mancipare* konnte, weshalb auch die Verpfändung ungültig ist. Allein die Stelle beweist doch, wie man geneigt war, eine Verpfändung *sub pacto fiduciae* als *arrha* zu bezeichnen.

²⁾ S. oben § 33 S. 70.

³⁾ § 33 S. 71.

II. geführten Beispielen komme hier noch eines von einer zur fiducia hinzutretenden lex commissoria.

CICERO Orat. pro Flacco c. XXI:

Abduxisti Temno Apollonidem: pecuniam adolescentulo, grandi foenore, fiducia tamen accepta, occupauisti. Hanc fiduciam commissam tibi dicis: tenes hodie ac possides. Eum tu testem spe recuperandi fundi paterni uenire ad testimonium dicendum coegisti.

Wenn nun auch die frühere Meinung, daß die fiducia stets eine lex commissoria enthalten habe¹⁾, schon seit Jac. Gothofredus²⁾ als abgethan zu betrachten ist, so läßt sich doch, besonders nach der eben citirten Stelle von Cicero, nicht läugnen, daß bei der fiducia eine lex commissoria vorkommen konnte.³⁾ Diese war eigentlich nichts Anderes, als eine dem pactum fiduciae beigefügte Resolutivbedingung. Ebenso wie zur eigentlichen fiducia konnte die lex commissoria zur arrha hinzutreten, so daß die Letztere Demjenigen, welchem sie geleistet war, versiel, wenn von dem Geber nicht oder nicht rechtzeitig geleistet wurde. Die arrha ohne lex commissoria ist die jetzt sogenannte arrha confirmatoria, die arrha mit lex commissoria die jetzt sogenannte arrha poenitentialis. Die Vorschriften über die sogenannte arrha contractus imperfecto data sind erst Justinianischen Ursprungs.⁴⁾ Dabei sei

¹⁾ GUIACIUS Not. ad PAULL. II. 12 (Ed. Col. Agr. 1577) und anderwärts; FR. BALDUINUS De pignoribus c. XVII (Iurisprud. Rom. et Attica. Lugd. Bat. 1738 T. I c. 300); Schwegge, Geschichte des Röm. Rechts. Göt. 1832 § 286. Vgl. BARNKÖNIG, Dogmengeschichtliche Darstellung der Lehre von der L. commissoria beim Pfandrecht im Archiv für civilistische Praxis Bd. 24 S. 337 ff. Doch sind die Citate dieses Schriftstellers nicht überall zuverlässig. So finde ich in dem kurzen Commentar des F. HOTAMANNUS Ad L. ult. C. de pact. pignorum et de lege commissoria (8. 35) (Ed. Basil. 1576) kein Wort davon erwähnt, daß das pactum fiduciae stets eine lex commissoria enthalten habe.

²⁾ Commentar. ad C. 1 Cod. Theod. de commissor. rescindend. (III. 2). Vgl. BARNKÖNIG a. a. O.

³⁾ ZACHARIAE Dissertatio de fiducia. Gott. 1830 p. 23. BARNKÖNIG a. a. O. S. 347.

⁴⁾ Pr. I. de empt. uendit. (3. 23) vgl. mit JUSTINIAN C. 17 de fide instrumentor. (4. 21). Die uns berührenden Stellen des Pr. I. lauten: „Emptio et uenditio contrahitur simulatque de pretio conuenerit, quamuis nondum pretium numeratum sit, ac ne arrha quidem data fuerit. Nam quod arrhae nomine datur, argumentum est emptionis et uenditionis contractae. — Donec enim aliquid deest ex his, et poenitentiae locus est, et potest emptor, uel uenditor sine poena recedere ab emptione. Ita tamen impune iis recedere concedimus, nisi iam arrharum nomine aliquid fuerit datum; hoc etenim subsequuto, siue in scriptis, siue sine scriptis uenditio celebrata est, is, qui recusat adimplere contractum, si quidem est emptor, perdit quod dedit, si

gleich bemerkt, daß man in späterer Zeit versuchte, die *arrha* unter II. dem bequemen Gesichtspunkt des Innominatcontractes zu betrachten. Dennoch wird es die beste Probe für die von uns aufgestellten Behauptungen sein, wenn wir die in den Rechtsquellen sich findenden Stellen über die *arrha* hier der Reihe nach kurz betrachten. Daß dasselbst nirgends ausdrücklich des Zusammenhangs mit der *fiducia* gedacht wird, ist schon daher erklärlich, daß „*fiducia*“ eines der Wörter ist, welche die Compileren planmäßig entfernt haben.

1. Unbedeutend sind zwei Stellen von Gaius:

Institut. III. 139:

„*Emptio et uenditio contrahitur cum de pretio conuenerit, quamuis nondum pretium numeratum sit, ac ne arra quidem data fuerit: nam quod arrae nomine datur, argumentum est emptionis et uenditionis contractae.*“¹⁾

Fr. 35 pr. de contrahenda emptione (18. 1):

GAIUS (libro X^o ad Edictum prouinciale)

Quod saepe *arrae* nomine pro emptione datur, non eo pertinet, quasi sine *arrha* conuentio nihil proficiat, sed ut euidentius probari possit, conuenisse de pretio.

Diese Stellen beweisen nicht für, aber auch nicht gegen mich. Es ist natürlich, daß ein Pfand erst gegeben werden kann, wenn der Contract, zu dessen Sicherung es dienen soll, perfect ist, denn vorher ist ja keine Obligation — die erste Voraussetzung jedes Pfandrechts — vorhanden. Man kann also wohl sagen, aus der Existenz des Pfandes, der *arrha*, kann man zurückschließen auf die Existenz, folglich auf die Perfection der Obligation.

2. Aus dem zweiten Buch der *Responsa* des *Cervidius Scävola* ist entnommen:

Fr. 6 pr. de lege commissoria (18. 3):

De lege commissoria interrogatus ita respondit, „si per emptorem factum sit, quominus lege pareretur, et ea lege uti uenditor uelit, fundos inemptos fore, et id, quod *arrae* uel alio¹⁾ nomine datum esset, apud uenditorem remansurum.“

Es fragt sich, welchem Vertrag hier die *lex commissoria* beigelegt sei, ob dem *arrhale pactum*, oder dem Kaufvertrag. Die Antwort

uero uenditor, duplum restituere compellitur, licet super *arrhis* nihil expressum est.“ Die letzten Worte paraphrasirt THEOPHILUS: „τὸ διπλοῦν παρὲς αὐτὸ ἀναγκάζεται, τοῦτέστιν αὐτὸ τὸ δοθὲν καὶ ἕτερον τοσοῦτον, εἰ καὶ μὴδὲν τοιούτων ἐν τῷ διδοσθαι τοὺς ἀρραβώνας συνεφωνήθη.“

¹⁾ Vgl. das in voriger Note citirte Fr. Inst.

²⁾ Das vague „uel alio“ haben vielleicht die Compileren für „uel *fiducia*“ interpolirt.

II. darauf giebt uns eine Stelle desselben Schriftstellers aus dem siebenten Buch seiner Digesten:

Fr. 8 eod. (18. 3):

Mulier fundos Caio Seio uendidit, et acceptis arrhae nomine certis pecuniis statuta sunt tempora solutioni reliquae pecuniae; quibus si non paruisset emptor, pactus est, ut arrham perderet, et inemptae uillae essent; die statuto emptor testatus est, se pecuniam omnem reliquam paratum fuisse exsoluere, et sacculum cum pecunia signatorum siguis obsignauit, defuisse autem uenditricem; posteriore autem die nomine fisci testato conuentum emptorem, ne ante mulieri pecuniam exsolueret, quam fisco satisfaceret; quaesitum est, an fundi non sint in ea causa, ut a uenditrice uindicari debeant ex conuentione uenditionis? Respondit, secundum ea, quae proponerentur, non commisisse in legem uenditionis emptorem.

Hiernach wurde durch die lex commissoria bestimmt: „ut, si solutioni statutis temporibus emptor non paruisset, arrham perderet et inemptae uillae essent.“ Es geht also die Uebereinkunft dahin: Wenn die Zahlungsfristen nicht eingehalten werden, soll 1. die arrha verfallen, d. h. das bei der Eigenthumsübertragung des Gegenstands der arrha beigefügte pactum fiduciae oder arrhale pactum hinwegfallen; 2. der Kaufvertrag rescindirt werden. Sonach pflegte die lex commissoria sowohl dem arrhale pactum als dem Kaufvertrag selbst beigefügt zu werden. Dieß war, besonders wenn die arrha in res non fungibiles bestand, notwendig, damit nicht der Verkäufer, wenn er die Sache schon tradirt hatte, in Schaden kam; denn die arrha war nicht bestimmt, verkauft zu werden, so daß der Erlös daraus als Aequivalent für den Kauffchilling gedient hätte, sondern sie war — wie in der älteren Zeit jedes Pfand — eine Realversicherung ohne Verkaufrecht des Gläubigers. Uebrigens geht aus Fr. 6 cit. hervor, wie an der arrha dem Creditor Eigenthum übertragen war, indem einmal gesagt ist: „quod — datum esset“, dann aber „apud uenditorem remansurum.“ Dem scheint zu widersprechen, daß es in Fr. 9 cit. heißt: „ut arrham perderet.“ Allein diese Worte beziehen sich nur auf den Verlust des Rückforderungsrechts der arrha, keineswegs auf den Verlust des Eigenthums an derselben, denn dieses war schon auf den Creditor übergegangen.

3. Von Ulpian finden sich folgende Stellen in den Pandekten:

Fr. 5 § 15 de institoria (14. 3):

Item si institor, quum oleum uendidisset, anulum arrhae nomine acceperit, neque eum reddat, dominum institoria teneri; nam eius rei causa, in quam praepositus est, contractum est, nisi forte

mandatum ei fuit, praesenti pecunia uendere; quare si forte pignus II. institor ob pretium acceperit, institoriae locus erit.

Hier wird entschieden auf den Zusammenhang zwischen *arrha* und *pignus* hingewiesen. Wenn der *institor* Ringe als *arrha* empfing und diese Ringe nach bezahltem Kaufpreis nicht zurückgegeben werden, so soll gegen den Prinzipal die *institoria* (*fiducia*) *actio*, oder, da man es bei einem *bonae fidei* Contract, wie bei dem Kauf, nicht für nötig fand, das *pactum fiducia* als besonderen, vom Hauptgeschäft abgetrennten Vertrag aufzufassen¹⁾, die *institoria* (*ex empto*) *actio* stattfinden. Wir erkennen hieraus, wie das Eigentum an den Ringen auf den Verkäufer übergegangen war, denn die Ringe können nicht vindicirt werden, man mußte seine Zuflucht nehmen zu einer persönlichen und noch dazu sehr künstlichen Klage, zu der *institoria*. Trotz des Eigentumsübergangs existirt aber die Verpflichtung zur Rückübertragung des Eigentums nach getilgter Hauptforderung aus dem *pactum fiducia*. Als Grund für die Zulässigkeit der *institoria* wird angegeben: Der *institor* hat bei Annahme der *arrha* in seiner Qualität als *institor* gehandelt, folglich muß die *institoria* aus dem eingegangenen *pactum fiducia* gegen den Prinzipal gegeben werden — es wäre denn, daß der *institor* seine *Procura* überschritten hätte. Ebenso wie nun die *arrha* mit der *actio* (*empti*) *institoria* zurückgefordert wird, schließt Ulpian, kann auch, wenn nicht eine *arrha*, sondern ein *pignus* gegeben ist, dieses nach getilgter Hauptverbindlichkeit mit der *actio* (*pigneraticia directa*) *institoria* zurückverlangt werden. Offenbar aber zeigt die Stelle, daß noch die späteren klassischen Juristen gewohnt waren, *arrha* und *pignus* als etwas Verwandtes nebeneinander zu betrachten.

Fr. 11 § 6 de A. E. V. (19. 1):

Is, qui uina emit, arrhae nomine certam summam dedit; postea conuenerat, ut emptio irrita fieret; Iulianus ex empto agi posse ait, ut arrha restituatur, utilemque esse actionem ex empto etiam ad distrahendam, inquit, emptionem. Ego illud quaero, si anulus datus sit arrhae nomine, et secuta emptione pretioque numerato, et tradita re, anulus non reddatur, qua actione agendum est, utrum condicatur, quasi ob causam datus sit, et causa finita sit, an fieri ex empto agendum sit? Et Iulianus diceret, ex empto agi posse; certe etiam condici poterit, quia iam sine causa apud uenditorem est anulus.

Ulpian führt vom pr. des Fr. 11 cit. an den Satz durch, daß aus Nebenverabredungen beim Kauf mit der *actio empti resp. uenditi* als einer *bonae fidei actio* zu klagen sei. Im § 6 referirt unser Autor

¹⁾ ULPIANUS FR. 11 de A. E. V. (19. 1).

II. zuerst über einen Fall aus der Praxis des Julian. Es war ein Kauf abgeschlossen, vom Käufer eine bestimmte Summe als *arrha* gegeben und dann das Geschäft durch *mutuus dissensus* wieder aufgehoben worden. Julian hatte die Ansicht, daß die *arrha* mit der *actio empti* zurückgefordert werden könne; natürlich, denn das bei der Eigenthumsübertragung an dem Gegenstand der *arrha* abgeschlossene *pactum fiduciae* wurde ja als im Kaufvertrag mitenthaltend angesehen, und da nunmehr, in Folge der Uebereinstimmung beider Theile, die Leistung aus der Hauptforderung unterblieb, folglich die Bedingung, unter welcher das *pactum fiduciae* wirksam wurde, in Gemäßheit beiderseitiger Uebereinstimmung nicht eintreten konnte, so mußte auch das *pactum fiduciae* für mitaufgehoben gelten und es konnte mit der *bonae fidei* Contractsklage *ex empto* auf Aufhebung desselben, d. h. eben auf Zurückgabe der *arrha* geklagt werden, gerade so, wie unter Umständen eine *actio empti* dazu diene, selbst Aufhebung des Hauptcontractes, bezüglich Zurückgabe des schon Geleisteten zu erlangen. — An diesen Fall schließt Ulpian einen zweiten aus seiner Praxis. Es ist bei einem Kauf dem Verkäufer ein Ring als *arrha* gegeben, dann der Preis bezahlt und die Sache tradirt, aber der Ring nicht restituirt worden. Da, meint Ulpian, würde Julian wieder die *actio empti* (in welcher als *bonae fidei* Contractsklage die *actio fiduciae* mitenthaltend) zulassen; jedenfalls aber, fährt er fort, sei auch eine *condictio* anwendbar, da ja der Ring nunmehr *sine causa* bei dem Verkäufer sich befinden würde. Die Stelle zeigt, wie der Sabinianer Julian noch streng an der ursprünglichen Auffassung festhält; nur daß die *bonae fidei obligatio ex pacto fiduciae* in die *bonae fidei obligatio ex empto* miteingeschlossen gedacht wird; wie aber schon bei Ulpian der Gesichtspunkt eines unbenannten Realcontractes Platz greift, obwohl er die entgegenstehende Ansicht nicht gerade für unrichtig erklärt.

4. Der alten Auffassung begegnen wir noch in zwei Constitutionen von Diocletian und Maximian:

C. 3 de A. E. V. (4. 49):

Ex arrhali pacto personalis duntaxat actio paciscentibus praeparatur (a. 290),

wo das *arrhale pactum* gewiß nichts Anderes bezeichnet, als das *pactum fiduciae* auf die *arrha* angewendet, und

C. 2 quando liceat ab emptione (4. 45):

Perfectam emptionem atque uenditionem re integra tantum pacto et consensu posse dissolui constat. Ergo si quidem arrhae nomine aurum datum sit, potes hoc solum secundum fidem pacti recuperare. Sin uero partem pretii persoluisti, ad ea, quae uenditorem ex uenditione oportet praestare, magis actionem, quam ad pretii quantitatem, quam te dedisse significas, habes. (a. 293 — 304.)

Der erste der erwähnten Fälle ist der obige des Julian, der II. gerade so entschieden wird, wie von jenem Juristen; der zweite Fall aber bezieht sich nicht auf die arrha, denn es ist ein Theil der Kaufsumme angezahlt, nicht eine Summe als arrha gegeben. Es kann daher, weil von der einen Seite Leistung — wenn auch nur theilweise — erfolgt ist, der Contract nicht mehr durch mutuus dissensus aufgehoben, und daher an eine actio empti auf Rückgabe des Gezahlten nicht gedacht werden. Vielmehr geht diese Klage, sobald nicht mehr res integra ist, immer auf Erfüllung von der anderen Seite. Die Unterscheidung, welche zwischen arrha und Abschlagszahlung gemacht wird, ist für uns von großer Bedeutung. Sie zeigt, daß auch in späterer Zeit das Gefühl für die ursprüngliche Bedeutung der arrha nicht erloschen war, sondern sich noch ziemlich lebendig forterhielt.

Beilage III.

Ueber die „magistratische Vocation“ im *ordo iudiciorum priuatorum*.

III. Hartmann¹⁾ behauptet, daß den Magistraten bei extraordinariae cognitiones unzweifelhaft zustehende Recht der uocatio²⁾ habe auch im ordentlichen Prozeß ausgeübt werden können. Dabei stützt er sich unbegreiflicherweise auf zwei Stellen von Cicero, welche keineswegs von regelmäßigen, ordentlichen Prozessen sprechen. Die erste derselben ist folgende:

Diuinatio in Q. Caecilium c. 17:

— Agonis quaedam est, Lilybaetana, liberta Veneris Erycinae: quae mulier ante hunc quaestorem copiosa plane et locuples fuit. Ab hac praefectus Antonii quidam symphonicos seruos abducebat per iniuriam, quibus se in classe uti uelle dicebat. Tum illa, ut mos in Sicilia est omnium Veneriorum et eorum, qui a Venere se liberauerunt, ut praefecto illi religionem Veneris nomenque obiceret, dixit et se et omnia sua Veneris esse. Vbi hoc quaestori Caecilio, uiro optimo et homini aequissimo, nunciatum est, uocari ad se Agonidem iubet: iudicium dat statim: SI PARERET, EAM, SE ET SUA VENERIS ESSE, DIXISSE. Iudicant recuperatores id, quod necesse erat: neque enim erat cuiquam dubium, quin illa dixisset. Iste in possessionem bonorum mulieris intrat: ipsam Veneri in seruitutem adiudicat: deinde bona uendidit: pecuniam redigit.

Hier tritt überall kein Kläger auf. „Vbi hoc . . . Caecilio . . . nunciatum est, uocari ad se Agonidem iubet.“ Als die Aeußerung der Agonis dem Caecilius hinterbracht wurde, ließ er sie rufen. Wer hat da eine Klage angemeldet, wo ist die im ordentlichen Prozeß un-

¹⁾ Contumacialverfahren C. 160.

²⁾ C. oben § 50 C. 115 Not. 1.

umgänglich notwendige *editio actionis*? Gewiß will der Quästor Caelius in Folge seiner Pflicht, alle öffentlichen Verhältnisse der Provinz zu regeln, nur das in seinem imperium liegende Recht der Cognition ausüben, um der Göttin ihr Eigenthum zu erhalten. Daß nur von einer *extraordinaria cognitio* die Rede, geht mit Evidenz daraus hervor, daß die endliche Entscheidung und Regelung der ganzen Sache von dem Quästor selbst geschieht: „Iste in possessionem honorum mulieris intrat: ipsam Veneri in servitutem adiudicat: deinde bona nendidit: pecuniam redigit.“ Die Recuperatoren waren nur mit der Untersuchung einer einzelnen Thatfache beauftragt, wie es ja so oft bei der *extraordinaria cognitio* vorkommt, daß die Erörterung eines oder mehrerer die Entscheidung bedingender Punkte vom Magistrat Privatrichtern (die meistens *arbitri* oder auch *executores* u. genannt werden) übertragen wurde, worauf derselbe in eigener Person nach dem Ergebnis jener Untersuchung das Urtheil sprach.¹⁾ Nach unserer Auffassung hört die Formel:

SI PARERET EAM, SE ET SVA VENERIS ESSE, DIXISSE auf, geradezu unsinnig zu sein: die Recuperatoren waren eben bloß damit beauftragt, zu untersuchen, ob die *Agonis* jene Aeußerung gethan, und der Quästor gab dann — je nach Ausfall der Untersuchung — seine Entscheidung. Cicero, der überhaupt den ganzen Fall mit unverkennbarer Ironie erzählt, nennt nun, um das Ungeheimte des Verfahrens — was darin lag, von der fraglichen Aeußerung eine solche Entscheidung abhängig zu machen — recht an das Licht zu stellen, die an die Recuperatoren gestellte Frage spottend ein *iudicium*, denn es hat die Formel allerdings Aehnlichkeit mit einem solchen. Der Gedanke aber ist: Der Quästor beginnt die *cognitio*, und zwar mit der Ladung, dann übergiebt er die Entscheidung einer Thatfrage den Recuperatoren, aber so, daß sie die Form und Wirkung eines *iudicium* hat.

Bei der zweiten Stelle, auf welche sich Hartmann beruft: *Accusatio in C. Verrem l. II cc. 22 und 23*, ist es noch weniger zweifelhaft, daß nur von einer *extraordinaria cognitio* gesprochen wird. Das hätte Hartmann schon aus den Worten Cicero's erkennen müssen, wenn er auch gar nicht auf den Sinn eingegangen wäre. Auch hier wird nirgends eine privatrechtliche Klage erwähnt: „*Res percerebuit: in ore atque sermone omnium coepit esse*“, d. h. die Sache wurde ruchbar und zum öffentlichen Scandal. „*Verres refert*

¹⁾ Vgl. Keller, Röm. Civilprozeß § 7 S. 30; § 81 S. 339 und 340 und die dort (Not. 97b) angeführten zahlreichen Stellen. Bethmann-Hollweg, Versuche über einzelne Theile der Theorie des Civilprozeßes S. 285 ff. Derselbe, Gerichtsverfassung und Prozeß S. 324.

III. illam suam Syracusanam: ait se uelle de illis HS. LXXX cognoscere“ etc. Dann weiter: „Quid enim debuit Praetor facere, cum consilio cognita causa“ etc.

Da nun, wie hier, auch in anderen Stellen Beispiele von einer uocatio durch den Magistrat nur bei extraordinariae cognitiones vorkommen und es nicht abzusehen wäre, weshalb man die Theorie von der in ius uocatio, den Vadimonien u. im prätorischen Edict so genau und fein ausgebildet hätte, wenn man im ordentlichen Prozeß des viel einfacheren Wegs der Vorladung durch den Magistrat sich hätte bedienen können, mußte ich mich gegen die von Hartmann ausgesprochene Ansicht entscheiden erklären.

Beilage III.

Persona suspecta.

Keller¹⁾ bezieht in der bekannten Stelle
GAIUS III. 102:

III.

Quodsi proprio nomine aliquis iudicium accipiat in personam, certis ex causis satisfari solet, quas ipse Praetor significat: quarum satisfactionum duplex causa est, nam aut propter genus actionis satisfatur, aut propter personam, quia suspecta sit: propter genus actionis uelut iudicati depensive aut cum de moribus mulieris agatur; propter personam uelut si cum eo agitur qui decoxerit, cuiusue bona a creditoribus possessa proscripatae sunt, siue cum eo herede agatur quem Praetor suspectum aestimauerit die Worte „aut propter personam, quia suspecta sit“ nur auf ökonomische Verdächtigkeit. Dazu paßt es allerdings, daß Gaius als erstes Beispiel einer suspecta persona den insolvent Gewordenen und Denjenigen, cuius bona ex Edicto Praetoris XXX dies possessa sint, anführt.²⁾ Ob bei dem zweiten Beispiel: „si cum eo herede agatur quem Praetor suspectum aestimauerit“ auch lediglich an ökonomische Verdächtigkeit zu denken sei, möchte ich bezweifeln. Vielmehr glaube ich, daß auch derjenige Erbe, welcher durch schändliche Machinationen und verschlagene Ränke den Verdacht gegen sich erregte, er wolle die Erbschaftsgläubiger um das Ihrige bringen, von dem Prätor für suspect erklärt werden konnte. Dafür spricht einerseits, daß die Erbschaftsgläubiger gegen einen solchen Menschen der obrigkeitlichen Hilfe dringend bedurften, andererseits aber der Begriff, welchen die Römer mit den Ausdrücken suspectus, homo suspectus, persona suspecta im Allgemeinen verbanden. Darüber ist namentlich zu vergleichen

¹⁾ Röm. Civilprozeß § 56 C. 232.

²⁾ Vgl. oben § 104 C. 281.

III. CICERO De officiis l. II c. 9 i. f.:

Iustis autem hominibus, i. e. bonis, ita fides habetur, ut nulla sit in his fraudis iniuriaeque suspicio. Itaque his salutem nostram, his fortunas, his liberos rectissime committi arbitramur. Harum igitur duarum ad fidem faciendam iustitia plus pollet, quippe cum ea sine prudentia satis habeat auctoritatis, prudentia sine iustitia nihil ualeat ad faciendam fidem. Quo enim quis uersutior et callidior est: hoc inuisior et suspectior, detracta opinione probitatis.

Damit ist zusammenzufassen

TERENTIUS Eunuch. III. 3 u. 8 sq.

— Iam erat tum suspicio,

Dolo malo haec fieri omnia.

sowie gelegentliche Aussprüche von Pandektenjuristen, wie z. B. von Ulpian in

Fr. 3 § 4 de liber. exhibend. (43. 30):

— si — is — suspectus est quasi calumniator,

Fr. 3 § 10 de homine libero exhibendo (43. 29):

— suspectae personae remouendae sunt, si forte talis persona sit, quam uerisimile est colludere uel calumniari,

Fr. 25 de procuratorib. (3. 3):

— nam hoc ipso suspectus est (*sc. procurator*), qui operam suam ingerit inuito

und Paulus in

Fr. 73 de procuratoribus (3. 3):

— propter quod suspectus uideri potest, qui praesente domino non obtulit pecuniam.

Nehmen wir dazu noch, daß der Tutor, ohne im Geringsten ökonomisch verdächtig zu sein, für suspect erklärt werden konnte¹⁾, so erhellt, daß der Prätor, wenn es sich um die Verdächtigkeitserklärung handelte, nicht gerade bloß auf ökonomische Verhältnisse, sondern vielmehr auf die Rechtlichkeit des Betreffenden überhaupt, auf seine Sitten und auf seinen Ruf Rücksicht zu nehmen hatte. Es ist übrigens einleuchtend, daß für den Creditor nicht bloß dem ökonomisch verdächtigen Debitor gegenüber eine cautio iudicatum solui wünschenswert, sondern auch, wenn Letzterem Unredlichkeit und räufesüchtiges Tergiversieren zuzutrauen ist.

¹⁾ § 5 l. de suspect. tutorib. (1. 26).

Beilage V.

Zum Verständniß des Fr. 1 § 2 de R. V. (6. I.)

ULPIANUS libro XVI^o ad Edictum.

V.

Per hanc autem actionem (*sc. per specialem in rem actionem*) liberae personae, quae sunt iuris nostri, utputa liberi, qui sunt in potestate, non petuntur. Petuntur igitur aut praeiudiciis, aut interdictis, aut cognitione Praetoria; et ita POMPONIUS libro trigesimo septimo, „nisi forte“, inquit, „adiecta causa quis vindicet.“ Si quis ita petit: FILIUM SVVM, uel IN POTESTATE EX IVRE ROMANO, uidetur mihi et POMPONIUS consentire, recte eum egisse; ait enim, adiecta causa ex lege Quiritium vindicare posse.

Ein Streit über die väterliche Gewalt zwischen Vater und Kind und zwischen dem Vater und einem Dritten kann extra ordinem durch den Magistrat und seine Zwangscompetenz entschieden werden, nämlich entweder durch Anwendung eines praeiudicium¹⁾, oder durch eigentliche prätorische cognitio²⁾, sowie durch das interdictum de liberis exhibendis.³⁾

Daß schon zur Zeit der legis actiones die vindicatio:

HVNC EGO HOMINEM FILIUM MEVM ESSE AIO
stattfand, ergiebt sich aus Gaius⁴⁾, indem dieser der vindicatio apud praetorem: „FILIUM SVVM ESSE“ bei Gelegenheit der Adoption durch

¹⁾ Dahin scheint zu zielen: ULPIANUS Fr. 3 § 2 de iureiurando (12. 2). Vgl. auch DIOCLET. et MAXIM. C. 9 de patr. pot. (8. 47) und von Weitem ULPIANUS Fr. 3 §§ 2—5; Fr. 1 § 16 de agnoscend. liber. (25. 3).

²⁾ Vgl. Weithmann-Hollweg, Gerichtsverfassung und Prozeß S. 30 Not. 19. — Keller, Röm. Civilprozeß § 38 namentlich Not. 429 und 431 S. 153.

³⁾ ULPIANUS Fr. 3 § 3 de lib. exhib. (43. 30).

⁴⁾ I. 134.

V. Mancipation und darauf folgende in iure cessio erwähnt.¹⁾ Auch unser Fr. 1 § 2 erwähnt der Klagbehauptung:

FILIVS MEVS EST oder FILIVS IN POTESTATE MEA EST.²⁾

Eine solche vindication soll aber nach der Meinung des Pomponius nur „adiecta causa“ zulässig sein. Dieß erklärt Ulpian so, daß die Klagbehauptung „FILIVS MEVS EST“ oder „IN POTESTATE MEA EST“ noch den Zusatz enthalten müsse: „EX IVRE ROMANO“ oder „EX IVRE QVIRITIVM.“³⁾ Dieser Zusatz soll jedenfalls andeuten, daß die Klage sich auf das positiv rechtliche, streng römische Rechtsverhältniß zwischen Vater und Sohn stütze, daß aber keineswegs dadurch die natürlichen väterlichen Rechte geltend gemacht werden sollen. Doch ist es immer bedenklich, daß Ulpian, nachdem er im Allgemeinen die rei vindicatio als Schutzmittel der patria potestas ausgeschlossen, sagen sollte: Die im Allgemeinen hier nicht zulässige Klage wird statthaft, sobald sie den Zusatz enthält: „EX IVRE QVIRITIVM“ oder „EX IVRE ROMANO.“ Die patria potestas ist anerkanntermaßen ein Institut des ius civile und die Römer thun sich etwas darauf zu Gute, daß bloß bei ihnen die strenge Familiengewalt des Haushalters vorkomme.⁴⁾ Es ist daher nicht daran zu zweifeln, daß Ulpian schon in dem ersten Sage: „Per hanc actionem liberae personae, quae sunt iuris nostri, utputa liberi, qui sunt in potestate, non petuntur“ an das Römische Institut der patria potestas denkt und rücksichtlich desselben die rei vindicatio ausschließt. Soll man nun annehmen, der größte Jurist seiner Zeit verbinde damit nur den höchst trivialen Sinn, die rei vindicatio mit der intentio:

SI PARET LVCIVM TITIVM IN PATRIA POTESTATE LVCHI TITHI ESSE

sei unzulässig, dagegen finde sie in folgender Form statt:

SI PARET LVCIVM TITIVM EX IVRE QVIRITIVM FILIVM ESSE LVCHI TITHI ?

Gewiß, die Sache muß etwas tiefer liegen und eine innere Bedeutung haben. Erinnern wir uns nun, daß da, wo von adiecta causa bei der Eigenthumsklage gesprochen wird, unter causa Entstehungsgrund, Er-

¹⁾ GELL. Noct. Att. V. 19. Cf. DE SCHEURL De modis liberos in adoptionem dandi. Erl. 1850 p. 4 sq. und dazu Keller, Röm. Civilprozeß § 24 Not. 279 S. 90. Rudorff zu Buchta's Institut. Bb. 3 § 283 Not. o (S. 235).

²⁾ Vgl. auch ANTONINUS und VERUS C. 1 de patr. pot. (8. 47).

³⁾ Der Ausdruck causa adiecta bezeichnet immer einen vom Kläger in der Klagformel gemachten Zusatz. Heffter im Rhein. Mus. für Jurisprudenz Bb. 3 S. 223, 227. Savigny, System Bb. 6 S. 528 Not. 5. Keller, Röm. Civilprozeß § 73 Not. 857 S. 303. Bekker, prozeßual. Consumpt. S. 245. Dieser Zusatz findet sich häufig in der intentio der Formel, so bei der act. certa in personam. GAIVS III. 55. Keller, Röm. Civilprozeß S. 168 Not. 473 a. G.

⁴⁾ GAIVS I. 55: „Fere enim nulli alii sunt homines, qui talem in filios suos habent potestatem, qualem nos habemus.“ Vgl. jedoch unten S. 397 R. 5.

werbsgrund des Rechts verstanden wird¹⁾, so liegt die Vermutung nicht v. ferne, daß auch in unserer Stelle die *adiecta causa* sich auf den Erwerbsgrund der *patria potestas* beziehe. Was aber kann es bei der *patria potestas* für eine Bedeutung haben, wenn gesagt wird, sie ist durch eine aus dem Römischen Recht stammende Entstehungsart erworben worden, da ja die *patria potestas* ein Institut des Civilrechts ist und daher nur civile Entstehungsarten hat? Daraus antworte ich: Es ist durchaus falsch, wenn man die civilen Erwerbsarten eines Rechts mit dem Recht selbst identificirt und so behauptet, das fragliche, auf dem *ius civile* beruhende Recht könne nur vermitteltst einer civilen Erwerbsart von dem jetzigen Inhaber erworben sein. So ist es z. B. unrichtig, wenn v. Scheur²⁾ sagt, das ächte Römische Eigenthum setze immer eine civile Erwerbsart voraus; denn die Tradition ist gewiß eine *naturale* Erwerbsart, und doch wird seit alten Zeiten durch sie an *res nec mancipi* volles Römisches Eigenthum erworben.³⁾ Ebenso kann durch die *Occupation* volles Römisches Eigenthum entstehen, denn es war gewiß von alten Zeiten her das Eigenthum, welches an dem Körper eines auf der Jagd erbeuteten Thieres erworben wurde, gerade so gut, wie das Eigenthum, welches auf *mancipatio* oder in *iure cessio* einer *res mancipi* durch den früheren Eigenthümer an den jetzigen sich stützte.⁴⁾ Auch durch

¹⁾ Savigny, *System* Bd. 6 S. 530 ff. Keller a. a. D. § 73 S. 303. *Causa* heißt überhaupt oft so viel als Erwerbsgrund, *titulus*. Cf. BRISSONIUS de V. S. h. u. und Pr. I. de auct. tutor. (1. 21). Fr. 3 § 4 de A. V. A. P. (41. 2); Fr. 11 § 4 de exc. rei iudic. (44. 2); Fr. 1 pr. de O. et A. (44. 7); Fr. 159 de R. I. (50. 17).

²⁾ Institutionen, 2. Ausgabe § 80 S. 154.

³⁾ CICERO Top. 5 i. f. ULPIANI *Fragm.* XVIII § 7. Id. Fr. 36 de A. R. D. (41. 1). Vgl. auch GAIUS II. 19. 20. 66 und anderwärts. v. Scheur a. a. D. faßt nach Buchta's (Institutt. Bd. 2 § 236 S. 621 ff.) Vorgang es als eine Erweiterung des Begriffs des Quiritischen Eigenthums auf, daß bei *res nec mancipi* auch die Tradition als Erwerbsart desselben anerkannt wurde. Die Frage nach der historischen Entstehung einer Lehre aber ist bei dem Mangel von Quellen immer eine mißliche, die nur zu Vermutungen und unsicheren Resultaten führen wird. Hier kann siefüglich unberücksichtigt bleiben. Es genügt zu wissen, daß zu der Zeit, wo es überhaupt eine Römische Jurisprudenz gab, der Satz in unbestrittener Anerkennung feststand, es könne durch eine *naturale* Erwerbsart ein *civiles* Recht entstehen.

⁴⁾ Auch hier scheint mir die wieder auf Buchta (a. a. D. S. 622 ff.) sich stützende Ansicht v. Scheur's (a. a. D. § 84): „durch die *Occupation* sei ursprünglich nur *nichtquiritarisches* Eigenthum erworben worden“, unhaltbar. Der Ausspruch des NERVA (filius) und PAULLUS (Fr. 1 § 1 de A. V. O. P. [41. 2]), daß die *Occupation* die ursprünglichste und älteste Erwerbsart sei, ist nicht so ohne Bedeutung, wie Buchta a. a. D. meint. Die Römischen Juristen gehen überall nicht von dem Standpunkt des „allgemeinen Rechts“, sondern von dem des Römischen Rechts aus und die gegentheilige Ansicht bedürfte erst des Beweises. Die Behauptung, daß dasjenige, was von der Tradition galt, auch

- V. die Accession wird unzweifelhaft Römisches Eigenthum hervorgebracht, und Aehnliches gilt auch von dem Fruchtterwerb *zc.* Beweis genug, daß durch eine naturale Erwerbsart ein civiles Recht entstehen konnte.

Der innere Zusammenhang der Sache aber ist folgender. Das positive Recht des Staates (das Civilrecht) erkennt gewisse Rechte besonders an und verheißt ihnen eigenthümliche Wirkungen, welche sich auf die Intensivität des Rechts, den Schutz durch Klage *zc.* beziehen. Ein solches civiles Recht hat meistens eine natürlich-menschliche Grundlage, d. h. wo sich Menschen (welche nicht in dem Zustand gänzlicher Rohheit und Barbarei sind) zusammenfinden, ist ein ähnliches Verhältniß durch die Einrichtungen der Natur oder die wieder aus der Natur abzuleitenden menschlichen Bedürfnisse und Neigungen gegeben: „*Quod naturalis ratio inter omnes homines constituit.*“¹⁾ So findet sich überall das Band der Familie, überall die Nothwendigkeit und der Hang, sich Gegenstände der Außenwelt zu eigen zu machen, um die Bedürfnisse des Lebens zu befriedigen und die Fortexistenz zu ermöglichen. Sobald ein Volk anfängt, auf eine höhere Stufe der Bildung und zu einem wirklichen Staatswesen sich zu erheben, werden auch jene Verhältnisse, welche nach göttlicher Ordnung die Grundlage jedes menschlichen Gemeinlebens sind, besonders geordnet und je nach der Individualität und dem Bedürfniß des Volks noch mit eigenthümlicher Kraft und besonderen Wirkungen ausgestattet, wodurch sie anfangen, sich von dem Verhältniß, wie es durch die natürliche Nothwendigkeit zur allgemein menschlichen Einrichtung geworden war, mehr und mehr zu unterscheiden. Es bedarf kaum der Bemerkung, daß das Verhältniß in seiner besonderen Gestalt, die es durch positives Recht des betreffenden Staats erhalten hat, nur unter den Bürgern dieses Staats vorkommen kann. So können die eigenthümlichen Wirkungen, welche dem durch die Abstammung des Einen von dem Andern gegebenen natürlichen Verhältniß durch positive Römische Rechtsvorschrift ertheilt sind, nur bei Römischen Bürgern eintreten, ebenso die eigenthümlichen Wirkungen, welche das positive Römische Recht für das an sich naturale Verhältniß der Aneignung und des für sich Habens geschaffen hat.²⁾ Dabei verlieren aber jene Einrichtungen ihre naturale Grundlage nicht.

von der Occupation habe gelten müssen, da ohne die Ausschließung dieser von dem quiritarischen Erwerb auch die Ausschließung jener nicht denkbar sei *zc.*, ist eine *petitio principii*, indem es eben überhaupt fraglich ist, ob die Letztere ausgeschlossen war, oder nicht. Vgl. übrigens auch § 11 I. de rer. divis. (2. 1).

¹⁾ GAIUS I. 1.

²⁾ Bei den Römern ist das Eigenthümliche, daß sie kein Urvolk waren, sondern daß bei ihnen erst mit der staatlichen Verbindung die Nation zu ent-

Von dem Recht selbst und seinem Umfang und der intensiven v. Kraft, welche es im Civilrecht erhält, sind, wie schon erwähnt, die Entstehungsarten desselben zu unterscheiden. Auch in dieser Beziehung ist Manches durch die Einrichtungen der Natur und das allgemein menschliche Begehren und Bedürfnis gegeben. Das väterliche Recht entsteht durch Geburt eines von dem Vater erzeugten Kindes, das für sich Haben durch das Ergreifen einer Sache, die noch kein Anderer besitzt u. So hat jedes naturale Recht (wenn dieser Ausdruck erlaubt ist) seine naturale Erwerbsart oder seine naturalen Erwerbsarten. In dem Grade nun, wie das naturale Recht durch die positive Gesetzgebung ausgebaut, erweitert und befestigt wird, müssen auch die Erwerbsarten von der positiven Gesetzgebung berücksichtigt werden. Es würde aber unrichtig sein, anzunehmen, daß die naturalen Erwerbsarten, sobald das naturale Institut zum positivrechtlichen, civilen umgewandelt ist, aufhörten; sie bestehen vielmehr fort, werden auch vielleicht durch einzelne positive Bestimmungen etwas modificirt und den geordneten Verhältnissen des Staats angepaßt, nur daß jetzt durch sie nicht mehr das Recht in seiner ursprünglich naturalen Gestalt, sondern in der Gestalt erworben wird, die es im Civilrecht erhalten hat. Vielleicht findet man es für gut, neben den naturalen Erwerbsarten auch noch andere durch das positive Recht einzuführen, ja vielleicht in gewisser Beziehung und aus besonderen Gründen die naturalen Erwerbsarten auszuschließen und an deren Stelle andere zu setzen; überall und ganz aufgehoben aber können sie nie werden, eben weil sie mit dem Recht selbst und dessen innerstem Wesen (welches gerade in dem naturalen Bestandtheil liegt) auf das Engste verbunden sind.¹⁾

stehen anfang. Sie haben also schon mit dem positiven Recht angefangen, und da ihr Staatswesen von vorne herein auf den Standpunkt höherer Cultur und Gesittung hindeutet, gewiß die Institute der Familie und des Eigenthums in besonders geordneter Weise aufgenommen, und zwar so, wie sich dieselben bei ihrer Mutternation, den Römern, positivrechtlich gestaltet hatten. Dabei blieben aber die Römer nicht stehen, sondern entwickelten diese Institute durch positive Gesetze noch weiter, so daß sie eigentliche, streng civile Rechtsinstitute wurden. Die Römer sind also direct nicht von der naturalen Gestaltung der fraglichen Verhältnisse ausgegangen, sondern von der civilen Gestaltung derselben bei den Römern. Dieß trug vielleicht dazu bei, daß sich bei ihnen die Institute zu einer übermäßig starken Intensivität und schroffen Individualität entwickelten, so daß später ein Zurückgehen notwendig wurde, was überhaupt zu dem Irrthum Veranlassung gegeben hat, als ob das *ius gentium*, d. h. die freiere Gestaltung mancher Rechtsinstitute nach allgemein menschlichen Einrichtungen, den Römern erst später bekannt geworden und von ihnen aufgenommen worden sei. Das, was die Römer später unter *ius gentium* verstehen, ist nicht die naturale Grundlage ihrer positivrechtlichen Institute, sondern es ist die Relaxation derselben durch das positive Recht, also gerade eigentlich durch das Civilrecht in der umgekehrten Richtung wie früher.

¹⁾ Es hat sich z. B. bei den Römern streng gerächt, daß man für das

V. Wir hatten diese Ausführung nötig, um zu zeigen, wie in der (wenigstens für die Zeit der ausgebildeten Römischen Jurisprudenz unbestreitbaren) Erscheinung, daß aus naturalen Erwerbsarten civiles Eigenthum entstehen kann, nichts Widersinniges und Unmögliches liegt. Das Eigenthum, welches auf Tradition, Occupation u. ruhte, hatte ganz dieselbe civile Kraft und Wirkung, wie dasjenige, welches durch mancipatio, in iure cessio etc. erworben war. Nur der Unterschied wird gewesen sein, daß die intentio der rei vindicatio bei einem naturalen Erwerb einfach hieß:

SI PARET EAM REM A¹A¹ ESSE,

oder:

SI PARET EAM REM EX CAUSA TRADITIONIS etc. A¹A¹ ESSE, während sie bei einer civilen Erwerbsart so gefaßt war:

SI PARET EAM REM EX IVRE QVIRITIVM A¹A¹ ESSE.

Was soll nun aber dieses Alles für die rei vindicatio zum Schutz der patria potestas? Zunächst wird aus dem Vorgetragenen klar geworden sein, daß auch die patria potestas, obwohl streng civiles Rechtsinstitut, eine naturale Entstehungsart haben kann und auch wirklich hat, indem sie durch Geburt eines von dem Vater erzeugten Kindes entsteht. Freilich erfordert das Römische positive Recht die Geburt in Römischer Ehe¹⁾; allein diese Vorschrift enthält weniger eine Umänderung der naturalen Erwerbsart des väterlichen Rechts, als eine Beschränkung derselben, wie sie durch die civile Gestaltung des Instituts überhaupt geboten wird. Bloß in einer dauernden Geschlechtsverbindung, der Ehe, tritt die Präsomption für die Vaterschaft des Ehemanns ein²⁾ und nur eine Römische Ehe (iustae nuptiae) zwischen Personen, die gegenseitig das connubium haben³⁾, kann hier in Betracht kommen, da das Kind, wenn der Vater in nichtrömischer Ehe lebt, nicht als ciuis geboren wird, während doch die patria potestas als streng civiles Institut nur zwischen ciues statthaben kann.⁴⁾ Daß der eigentliche Erwerbsgrund der patria potestas die Geburt ist,

Eigenthum an gewissen Sachen (den res mancipi) naturale Erwerbsarten ganz ausgeschlossen und künstliche positivrechtliche an deren Stelle gesetzt hat. Neben der in iure cessio und mancipatio kam die natürliche Erwerbsart der Tradition dennoch vor und mußte vorkommen und man sah sich, um schreiende Unbilligkeit zu vermeiden, genöthigt, den Erwerber auch hier zu schützen, den Schutz selbst aber durch künstliche Mittel zu erreichen, ein Verfahren, welches zuletzt zu der Annahme eines doppelten Eigenthums an derselben Sache — nach dem sonst so streng ausgebildeten Römischen Eigenthumsbegriff ein Unfakt! — notwendig hinführte.

¹⁾ GAIUS I. 55. ULPIANI Fragm. V. 1.

²⁾ Die incestuose Ehe wird als gar keine Ehe betrachtet. GAIUS I. 64.

³⁾ Cf. ULPIANI Fragm. V. 2.

⁴⁾ Cf. GAIUS I § 67. ULPIANI Fragm. V. 8.

zeigt sich auch darin, daß diese Erwerbsart, wenn sie wegen anfänglich v. mangelnder iustae nuptiae nicht wirksam sein konnte, nachher noch wirksam wird, wenn die Hindernisse, welche ihr entgegenstanden, gehoben werden.¹⁾ Dahin gehört die causae probatio wegen eines aniculus ex L. Aelia Sentia²⁾ und sodann die erroris causae probatio ex SC³⁾. Beide causarum probationes haben das Gemeinschaftliche, daß Latinen und resp. Peregrinen mit ihren Gatten und Kindern die Civität erlangen, daß dadurch ihre Ehe in ein legitimum matrimonium verwandelt wird, und nun so die natürliche potestas, welche der Vater über die schon vorher geborenen Kinder durch deren Geburt erworben hatte, in eine unter Römischen Bürgern stattfindende, also nach Römischen Gesetzen zu beurteilende und mit Römischen Wirkungen ausgestattete sich umgestaltet. Daß dies auch die Auffassung der Römer sei, geht mit Evidenz hervor aus mehreren Stellen des Gaius, namentlich aus

Institut. I. §. 87:

— ideo superius rettulimus, quibusdam casibus per errorem non iusto contracto matrimonio senatum interuenire et emendare vitium matrimonii, eoque modo plerumque efficere, ut in potestatem patris (sc. Romanam) filius redigatur.⁴⁾

Gaius ist übrigens wenig geneigt, die naturale Grundlage der patria potestas anzuerkennen; er geht überall von dem irrigen Satz aus, daß die patria potestas überhaupt nur ein Institut des Römischen Rechts sei, ein Irrthum, den andere Römer nicht theilen, wie aus den Stadtrechten für die latiniſche Gemeinde von Salpensae deutlich hervorgeht.⁵⁾ Danach sollen die ordentlichen jährigen Magistrate (Duovirn, Aedilen und Quästoren), sobald sie ihr Amt nach Ablauf des Jahrs niedergelegt haben, die Civität erwerben. Zugleich mit ihnen aber erwerben die Civität ihre Aeltern, Ehefrauen und in latiniſcher Ehe erzeugten Kinder.⁶⁾

Weiter ist bestimmt⁷⁾:

Qui quaeque ex h(ac) l(ege) [exue] edicto imp(eratoris) Caesaris Aug(usti) Vespasiani imp(eratoris)ue Titi Caesaris Aug(usti) aut imp(eratoris) Caesaris Aug(usti) Domitiani p(atris) p(atriciae) ciuitatem Roman(am) consecutus consecuta erit, is ea in eius, qui c(iuis)

¹⁾ Vgl. Puchta, Institutionen Ab. 3 § 283 C. 152.

²⁾ GAIUS I. 29—32; 65. ULPIANI Fragm. III. 3.

³⁾ GAIUS I. 67 sqq. ULPIANI Fragm. VII. 4.

⁴⁾ Vgl. dazu GAIUS I. 93—95. 97 sqq.

⁵⁾ Vgl. auch § 10 I. de adopt. (1. 11) und § 9 quib. mod. ius patr. pot. soluitur (1. 12).

⁶⁾ Aes Salpensanum Rubr. XXI.

⁷⁾ Ibid. Rubr. XXII.

- V. R(omanus) h(ac) l(ege) factus erit, potestate manu manicipio, cuius esse deberet, si [ciuitate] mutatus mutata non esset, esto idque ius tutoris optandi habeto, quod haberet, si a ciue Romano ortus orta neq(ue) ciuitate mutatus mutata esset.

Damit soll offenbar gesagt werden, „daß die bisherige latiniſche Gewalt jetzt als Römische fort dauern ſolle, ſo daß der Hausſohn weder durch die Adilität des Vaters noch durch die ihm ſelbſt übertragene befreit ward.“¹⁾ Es iſt einleuchtend; daß die väterliche Gewalt zwiſchen den bisherigen Latinen ſchon als (durch die Geburt) erworben gilt, daß ſich aber dieſelbe jetzt nach Erlangung der Ciuilität in eine zwiſchen Römern beſtehende, alſo nach Römifchem Recht zu beurteilende und wirkende umwandelt.

Überall alſo wird die eheliche Geburt als naturale Erwerbsart der väterlichen Gewalt aufgefaßt, die nur eines gewiſſen Bodens bedarf, um die patria potestas in voller Römischer Stärke zu erzeugen. Dieſer Gedanke wird ſelbſt im ſpäteren Römischen Recht noch feſtgehalten: die legitimatio per subsequens matrimonium, die legitimatio per rescriptum Principis, ſowie die legitimatio per oblationem curiae ſetzt immer voraus, daß das Kind leibliches, im Concubinat, alſo in einer dauernden, geduldeten Geſchlechtsverbindung, erzeugtes Kind des Vaters ſei. Eine naturale väterliche Gewalt iſt auch hier durch die Geburt des Kindes entſtanden, denn das Kind wird von dem Vater als das ſeinige anerkannt und dadurch die (hier allerdings unmögliche) Anwendung der Präſumption pater est quem nuptiae demonstrant unnötig gemacht. Dieſe naturale Gewalt wird aber durch die nachfolgende Ehe in eine Römische verwandelt²⁾, geradeſo wie oben die latiniſche Gewalt durch Erlangung der Ciuilität durch die beſtelligten Perſonen zu einer Römischen werden konnte.

Nach allem dieſen wird es als gerechtfertigt erſcheinen, wenn ich die Geburt als naturale Erwerbsart der patria potestas, auch der ſtreng Römischen patria potestas auffaſſe. Neben der naturalen Entſtehungsart der patria potestas hat aber das Römische Recht auch andere Erwerbsarten derſelben eingeführt, die der naturalen Grundlagen entbehren, alſo im eigentlichen Sinn als Römische, civilrechtliche Erwerbsarten erſcheinen. Solche ſind im früheren Römischen Rechte 1. die in iure cessio (eigentlich: Entſtehung der väterlichen Gewalt imperio magistratus³⁾), 2. die lex.

¹⁾ Mommsen, Stadtrechte S. 406 Not. 41. Vgl. auch Huſchke, GAIUS S. 14 und 15.

²⁾ Vgl. übrigens Buchta, Institutionen Bd. 3 § 283 S. 154 f.

³⁾ GAIUS I. 98. 134. II. 138 und dazu DE SCHEUHL De modis liberos in adoptionem dandi.

Rücksichtlich beider Entstehungsarten ist von Wichtigkeit folgende V. Stelle bei Gellius¹⁾:

Cum in alienam familiam inque liberorum locum extranei sumuntur, aut per praetorem fit, aut per populum. Quod per praetorem fit, „adoptatio“ dicitur, quod per populum, „arrogatio.“ Adoptantur autem, cum a parente, in cuius potestate sunt, tertia mancipatione in iure ceduntur atque ab eo, qui adoptat, apud eum, apud quem legis actio est, vindicantur; adrogantur hi, qui, cum sui iuris sunt, in alienam sese potestatem tradunt eiusque rei ipsi auctores fiunt. Sed adrogationes non temere nec inexplorate committuntur: nam comitia, arbitris pontificibus, praebentur, quae „curiata“ appellantur, aetasque eius, qui adrogare vult, an liberis potius gignundis idonea sit, bonaque eius, qui adrogatur, ne insidiosae adpetita sint, consideratur, iusque iurandum a Q. Mucio, pontifice maximo, conceptum dicitur, quod in adrogando iuraretur. Sed adrogari non potest, nisi iam uesticeps. „Adrogatio“ autem dicta, quia genus hoc in alienam familiam transitus per populi rogationem fit.

Eius rogationis uerba haec sunt: VELITIS, IVBEATIS, VTI L. VALERIUS L. TITIO TAM IVRE LEGEQVE FILIVS SIET, QVAM SI EX EO PATRE MATREQVE FAMILIAS EIVS NATVS ESSET, VTIQVE EI VITAE NECISQVE IN EVM POTESTAS SIET, VTI PATRI ENDO FILIO EST. HAEC ITA VTI DIXI, ITA VOS QVIRITES ROGO.

Ist in dieser Formel der Adrogation nicht geradezu die civile Erwerbsart der naturalen gegenübergestellt? Steht nicht zu dem filius IVRE LEGEQVE der wirkliche Sohn durch Erzeugung und Geburt im Gegensatz?

Nach allem meine ich, daß in der Formel:

SI PARET LVCIVM TITIVM FILIVM ESSE LVCH EX IVRE QVIRITIVM,

oder:

SI PARET LVCIVM TITIVM IN POTESTATE LVCH TITI ESSE EX IVRE ROMANO

die „adiecta causa“ nichts Anderes bedeute, als daß die patria potestas, um die es sich handelt, auf eine civile Erwerbsart derselben sich stütze. Darnach wäre der Sinn unseres Fr. 1 § 2. cit. folgender: Bei der auf naturalem Weg, durch Geburt und was derselben gleichsteht, erworbenen patria potestas ist keine Vindication möglich, wohl aber ist sie zulässig, wenn die väterliche Gewalt auf eine civile Erwerbsart, auf Adoption oder Arrogation, sich stützt.

Wir haben so einen jedenfalls viel befriedigenderen Sinn der Ulpian'schen Stelle gefunden, als den oben angegebenen. Aber

¹⁾ Noct. Att. V. 19.

- V. ganz beruhigt sind wir auch jetzt noch nicht, denn es entsteht die Frage: Warum diese Unterscheidung? Ist sie eine rein willkürliche oder innerlich begründete? Ich glaube das Letztere.

In alter Zeit, als der Prozeß noch durch die *legis actio sacramento* eingeleitet und nach dem für den Endbescheid maßgebenden Zwischenbescheid über den Verlust der *summa sacramenti* der Prätor selbst das Erkenntniß sprach¹⁾, mag überall auch wegen der durch Geburt erworbenen *patria potestas* die *rei vindicatio* stattgefunden haben. Das Urtheil des Prätor ging dann darauf, daß derjenige, welcher den Sohn dem Vater vorenthielt, diese Störung des väterlichen Rechts wieder gut zu machen und den Sohn herauszugeben habe. Das zeigt die bei der in *iure cessio* gebliebene Formel:

HVNC FILIVM MEVM ESSE AIO.

Freilich wird überall keine *rei vindicatio* gegen den Sohn selbst, sowie keine *Vindication* der Freiheit des Sohnes gegen den Vater zulässig gewesen sein, denn wenn der Sohn den Prozeß und somit die *summa sacramenti* verloren hätte, so würde er sie dem Vater verloren haben und der Sieger im Prozeß hätte den Verlust der Prozeßwettsumme tragen müssen, was widersinnig wäre. Man half sich vielleicht dadurch, daß der in *patriam potestatem* vindicirte oder sich in *libertatem* vindicirende Sohn ähnlich wie bei dem *liberale iudicium* der in *servitutem* Vindicirte oder in *libertatem* Proclamirende einen Vertreter haben mußte, welchen die Gefahr des Verlustes der *summa sacramenti* traf.²⁾ Als aber später der Formularprozeß und der Satz, daß immer in eine Geldsumme zu condemniren sei, herrschend wurde, war man gewiß in großer Verlegenheit, wenn jemand auf die Behauptung, es sei ein Anderer sein ehelich erzeugter

¹⁾ S. oben § 56 SS. 143 ff.

²⁾ Freilich ist es bedenklich, dem allgemeinen Satz gegenüber, daß im *Legisactionenprozeß* keine Stellvertretung stattgefunden habe (GAIUS III. 83), eine solche Vertretung des Sohns im Streit wider den Vater über die väterliche Gewalt anzunehmen. Allein daß jener allgemeine Satz Ausnahmen hatte, wissen wir von GAIUS (l. c.) selbst und es ist nur sehr zu bedauern, daß die Stelle, wo diese Ausnahmen aufgezählt werden, im Cod. Veron. nicht ganz entziffert werden konnte. Daß dieselbe nicht lautete, wie sie in der neuesten (4.) BOECKING'schen Ausgabe von GAIUS, noch so, wie sie in den Institutt. imperiales (Pr. I. de iis per quos agere possumus [4. 10]) sich findet, glaube ich schon deshalb annehmen zu müssen, weil der Affector in *liberale iudicium* eigentlich auch nicht als Stellvertreter des als Slave in Anspruch Genommenen gelten kann, sondern vielmehr als Stellvertreter des Volks, welches durch ihn die Freiheit eines seiner Bürger geltend machte resp. vertheidigte, so daß er eigentlich *pro populo* agierte. Vgl. übrigens im Allgemeinen Buchta, Institutionen Ab. 2 § 221 S. 510 ff. Möglich, daß ein genaueres Nachgehen in dieser Beziehung zu einigem Aufschluß über das räthelhafte: „*pro tutela agere*“ in der angezogenen Stelle der Institutt. Imperiales führte.

Sohn, die vindication gegen diesen selbst, d. h. formell gegen dessen V. Stellvertreter oder gegen einen Dritten, welcher behauptete, daß der Sohn ihm (dem Dritten) gehöre, anstellen wollte, oder wenn der Sohn selbst durch seinen Vertreter die vindication gegen den bisher die väterliche Gewalt Ausübenden richtete.

Nehmen wir den ersten Fall, wo der angebliche natürliche Vater den Sohn von einem Anderen, der ebenfalls behauptete, Vater zu sein, vindicirte, so hätte die Formel etwa so lauten müssen:

SI PARET ILLVM HOMINEM Q. D. A. FILIVM ESSE A¹A¹, NEQVE N^SN^S ARBITRATV TVO RESTITVET, QVANTI EA RES ERIT N^NN^N A⁰A⁰ CONDEMNATO, SI NON PARET ABSOLVITO.

Dadurch wäre das Resultat erzielt worden, daß, wenn der iudex zu Gunsten des A¹A¹ entschieden und auf seinen arbitratu der N^SN^S nicht restituirt hätte, eine Abschätzung des Werths jenes auf Erzeugung und Geburt und auf die davon getragene Familienliebe gebauten Verhältnisses des Vaters zu seinem leiblichen Sohn hätte erfolgen müssen und daß N^SN^S durch Bezahlung der Schätzungssumme sich gegen jede weitere Verfolgung des väterlichen Rechts des A¹A¹ (dem dann die exc. rei iudic. entgegengestanden) hätte schützen können, so daß dem endlichen Erfolg nach die Möglichkeit vorhanden gewesen wäre, jedem Vater sein leibliches Kind, sobald man nur die Bezahlung der nöthigen Geldsumme nicht scheute, zu entreißen. Ganz ähnlich hätte es sich in den Fällen verhalten, wo gegen den Sohn selbst, resp. gegen seinen Vertreter, die vindication in potestatem gerichtet gewesen, oder wo der Sohn sich durch seinen Vertreter in libertatem vindicirt hätte. Im letzteren Fall hätte der angebliche und besetzte Vater sich die patria potestas über seinen erklärten Nichtsohn erkaufen können. Nehmen wir nun auch an, daß in der späteren classischen Zeit directe Execution zulässig war und daß durch diese allen jenen Inconvenienzen abgeholfen gewesen wäre, so war man doch in der ersten Zeit, wo das Verfahren per formulam petitoriam eingeführt wurde, wohl um so weniger geneigt, für unseren Fall eine Ausnahme von dem allgemeinen Satz, daß die Condemnation und Execution immer in eine Geldsumme geschehen müsse, zuzulassen, als dieser Satz eine neue Ererungenschaft war und sich wohl auch kein practisches Bedürfnis zeigte, für unseren Fall, der vindicatio der auf naturalem Erwerb ruhenden patria potestas, eine formula petitoria zu erfinden. Denn man hatte sicher schon früher darauf bedacht sein müssen, die eigentliche vindication des leiblichen Kindes ganz entbehrlich zu machen. Zunächst mag schon zur Zeit der legis actiones der Fall, wenn ein freier, als homo sui iuris Lebender von einem Anderen als leiblicher Sohn in die patria potestas vindicirt wurde und keinen Vertreter finden konnte, oder umgekehrt, wenn ein bisher als filius familias Lebender für sich

- V. die Befreiung von der väterlichen Gewalt in Anspruch nahm, ohne daß er einen Vertreter aufzubringen vermochte, prätorische Cognitionen und decreta siue interdicta, welche nötigenfalls durch die Mittel des imperium (directen Zwangs u.) zur Vollziehung gebracht wurden¹⁾, veranlaßt haben.²⁾ Als nun vollends an die Stelle der legis actio sacramento bei in rem actiones das Verfahren per sponsionem praeiudicalem trat³⁾, war gar nicht mehr daran zu denken, daß ein Vater auf diesem Weg sein leibliches Kind von einem Dritten, resp. einem Vertreter des Kindes u. in die patria potestas hätte zurückfordern können. Im ersteren Fall hätte die sponsio etwa lauten müssen:

SI HOMO Q. D. A. FILIVS MEVS EST, SESTERTIOS XXV NVMMOS DARE SPONDES?

Darauf wäre die Formel erteilt worden:

SI PARIT N^MN^M A^OA^O XXV DARE OPORTERE Q. D. R. A. N^MN^M A^OA^O
XXV CONDEMNARE S. N. P. A.

Das hätte wohl zu einem präiudiciellen Entscheid über das väterliche Recht des A^OA^O geführt, aber es würde dem A^OA^O wenig geholfen haben, daß seine Vaterschaft durch den Richter anerkannt war. War doch diesem richterlichen Entscheid sein Erfolg nur durch die in iure geordneten Cautionen (wie satisfactio pro praede litis et vindictiarum) gesichert⁴⁾ und konnte doch aus diesen gegen den Beklagten wie gegen die Bürgen nur persönlich auf Leistung einer Geldsumme geklagt werden. Daher wurde für den Fall, wo der Vater das Kind von einem Anderen vindicirte, oder wo das Kind seine Freiheit behauptete und einen Defensor gefunden hatte, das interdictum de liberis exhibendis ac ducendis⁵⁾ erfunden, und für den Fall, daß das Kind oder dessen Mutter für dasselbe die patria potestas des Vaters beanspruchte, führte man die praeiudicia ein, von denen Fr. 3 § 2 de agnoscend. liber. (25. 3) spricht. So war es denn von der ersten Zeit, wo man per sponsionem praeiudicalem zu verfahren anfang, nötig, für den Fall, wo ein Vater sein leibliches Kind in die patria potestas vindiciren wollte, ein Verfahren extra ordinem mit directer Execution im Gefolge eintreten zu lassen, und die Mittel, welche man gefunden hatte, um die eigentliche Vindication zu umgehen (nach Ulpian's Aufzählung: praeiudicia, interdicta, cognitio praetoria), blieben auch, als für die in rem actiones das Verfahren per formulam petitoriam herrschend wurde, aus den schon oben angegebenen Gründen.

¹⁾ Keller a. a. D. § 22 S. 84.

²⁾ Cf. Fr. 3 § 3 i. f. de liber. exhibend. (43. 30) und dazu oben S. 213 ff.

³⁾ Keller a. a. D. § 25 S. 97.

⁴⁾ Keller a. a. D. § 25 S. 98 namentlich Not. 303.

⁵⁾ Fr. 3 § 3 de liber. exhibend. (43. 30).

Wenn es sich aber um die vindication der väterlichen Gewalt v. auf Grund einer Adoption oder Arrogation handelte, kam das natürliche Verhältniß zwischen dem Vater und seinem leiblichen Sohn, welches wir geradezu als etwas Unabsehbares charakterisirten, nicht in Betracht. Es kann ein naheß und inniges Verhältniß zwischen dem Vater und dem Adoptivsohn bestehen, doch an die natürliche Familienliebe wird dasselbe immer nicht hinanreichen. Während bei der leiblichen Verwandtschaft die Familienliebe zwischen Vater und Sohn die Hauptsache, das pecuniäre Verhältniß aber (Erwerb durch den Sohn u.) von geringerer Bedeutung ist, tritt das Letztere bei der Adoptivverwandtschaft mehr in den Vordergrund, die eigentliche Familienliebe aber verschwindet. Es kann Einem viel daran liegen, einen leiblichen Sohn zu besitzen, auch pecuniäre Vortheile können damit verknüpft sein, nie aber wird sich das Interesse, welches man daran hat, seinen leiblichen Sohn in der väterlichen Gewalt zu haben, mit einem *quantum ea res est* oder *quantum patris intersuit* ausdrücken lassen. Dagegen ist es nicht in so hohem Grade das natürliche Gefühl verlegend, wenn man von dem Interesse spricht, welches jemand daran hat, einen Adoptivsohn in seiner Gewalt zu haben; ist es doch denkbar, daß namentlich eine Arrogation vorzugsweise im pecuniären Interesse beider Theile geschieht. Bei einem leiblichen Sohn läßt sich nicht die Frage aufwerfen: Welchen Wert würde es für jeden Anderen haben, diesen Sohn seiner Gewalt unterworfen zu sehen? Denn das natürliche Verhältniß zwischen Vater und Kind kann gerade nur zwischen diesem Vater und diesem Kind bestehen und es ist nicht denkbar, daß auch ein Anderer leiblicher Vater dieses Kindes sei. Wohl aber kann die Frage gestellt und beantwortet werden: Was würde es für Andere für einen Wert haben, den Menschen, um den es sich handelt, in Adoption oder Arrogation zu bekommen? Denn es ist recht gut denkbar und möglich, daß auch ein Anderer über diese Person die väterliche Gewalt durch Adoption oder Arrogation erwerbe.¹⁾

So ist es denn weniger bedenklich, von einem *quantum patris intersuit* bei der durch Adoption oder Arrogation erworbenen *patria potestas* zu sprechen und deshalb ist wohl schon bei dem Verfahren *per sponsionem praeiudicalem* eine wirkliche vindication der *patria potestas* über einen adoptirten oder arrogirten Sohn zugelassen worden. Die sponsio hieß dann:

SI HOMO Q. D. A. EX J. Q. MEVS EST SESTERTIOS XXV NVMMOS DARE SPONDES?

und die *satisfactio pro praede litis et uindicarum* mußte auf ein *QUANTI ACTORIS INTEREST FILIVM RESTITVI QVEM IN POTESTATE EX J. Q.*

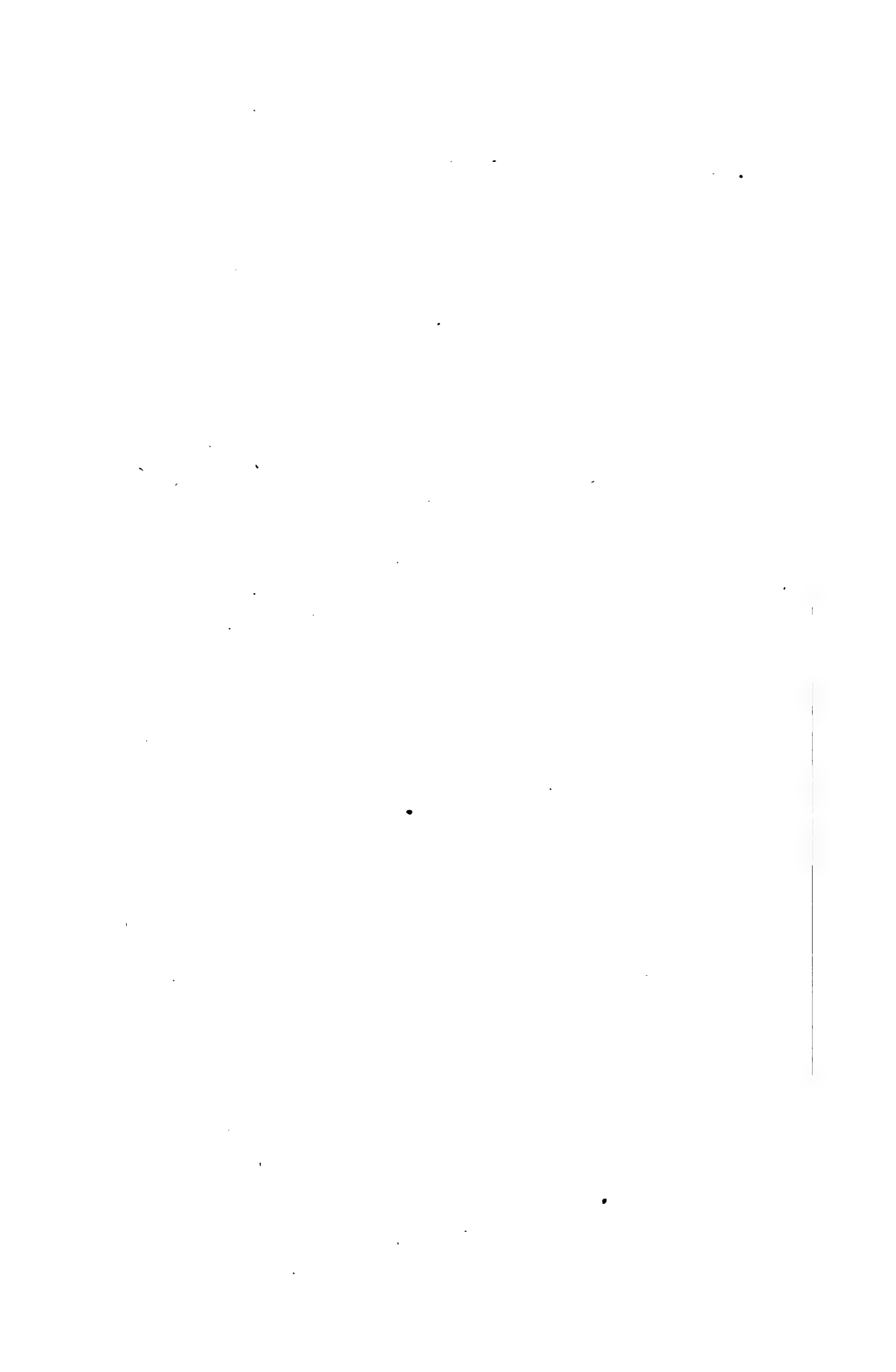
¹⁾ Bgl. von Weitem Fr. 33 ad L. Aquil. (9. 2).

V. HABET, gerichtet sein. Nach diesem Vorgang war es nun natürlich, wenn man später auch die formula petitoria

SI PARET ILLVM HOMINEM Q. D. A. EX J. Q. IN PATRIA POTESTATE
A¹A¹ ESSE, NEQVE N²N² RESTITVET, QVANTI EA RES ERIT, N²N² A⁰A⁰
CONDEMNA S. N. P. A.

zuließ. Freilich mag auch hier ein indirecter Zwang zur Restitution durch hohe Aestimation, Zulässigkeit des iuramentum in litem etc. erzielt worden sein; auch ist es recht wahrscheinlich, daß, als man in der späteren classischen Zeit anfang, directe Execution zuzulassen, unser Fall einer der ersten war, wo dieselbe stattfand; allein das sind Dinge, über welche wir bei dem Stand unserer Quellen keine Gewißheit erlangen können, die wir daher als außerhalb unserer Aufgabe liegend betrachten.

Stellenregister.



I. Stellen aus den Rechtsquellen.

1. Vorjustinianische Quellen.

a. Aes MALACITAN. Rubr. LX §. 127.		Lib. III § 180 sqq. §. 78.
	§ LXIII § 127.	§ 186 §. 170.
	§ LXIII § 127.	§ 188 § 171.
Aes SALPENSAN. § XXI und XXII	§. 397.	§ 191 § 170.
	§ LXV §. 128.	§ 192 § 173.
		§ 201 § 377.
b. GAI Institutionum Commen-		Lib. III § 13 § 133. 134. 142.
tarii III.		§ 15 § 145. 148.
Lib. I § 1 §. 394.		§ 16 § 125. 134. 135. 139.
§ 13 § 91.		§ 18 § 306.
§ 18 § 232.		§ 21 § 143.
§ 29 § 232. 397.		§ 31 § 146.
§ 30 § 397.		§ 40 § 47.
§ 31 § 397.		§ 47 § 43. 48.
§ 32 § 232. 397.		§ 48 § 142 ff.
§ 38 § 232.		§ 55 § 392.
§ 55 § 392. 396.		§ 83 § 400.
§ 64 § 396.		§ 88 sqq. §. 150. 186. 313.
§ 65 § 397.		§ 89 §. 150.
§ 67 sqq. §. 396. 397.		§ 91 § 142.
§ 93—95 § 397.		§ 94 § 134. 139. 142.
§ 97 §. 397.		§ 95 § 146.
§ 98 § 398.		§ 102 § 150. 389.
§ 134 § 391. 398.		§ 107 § 78.
Lib. II § 19 § 393.		§ 108 § 141.
§ 20 § 393.		§ 129 § 323.
§ 59 § 377.		§ 141 § 323.
§ 60 § 43.		§ 143 § 71.
§ 61 § 127.		§ 144 § 71.
§ 66 § 393.		§ 160 § 100. 114.
§ 138 § 398.		§ 166 sqq. §. 100.
§ 235 § 296.		§ 169 §. 5.
§ 238 § 296.		§ 173 § 170. 171.
§ 278 § 183.		§ 184 § 323.
Lib. III § 139 § 381.		§ 185 § 109. 111.

- c. Tituli ex corpore ULPIANI (fg. Fragmenta ULPIANI).
 Tit. I § 11 C. 91.
 § III § 3 = 397.
 § V § 1 = 396.
 § V § 2 = 396.
 § V § 8 = 396.
 § VII § 4 = 397.
 § XVIII § 7 = 393.
 § XXIII § 17 = 296.
 § XXV § 12 = 183.
- d. ULPIANI Institutionum Fragmenta Vindobonensia (Fragmenta ENDLICHERIANA).
 Fr. VI C. 151.
- e. JULII PAULLI Receptarum sententiarum libri V.
 Lib. I Tit. 6A § 4 C. 159.
 § 11 § 1 = 151.
 Lib. II § 4 = 240.
 § 5 § 1 = 240.
 § 31 § 3 = 170. 171.
 § 31 § 5 = 170. 171.
 § 31 § 14 = 171.
 Lib. V § 5^a § 1 = 79.
 § 9 § 4 = 178.
 § 12 § 6 = 212.
 § 16 §§ 1-3 C. 91. 92.
 § 25 § 9 C. 209.
 § 33 §§ 1 sqq. C. 191. 192. 284.
 § 33 § 2 C. 70. 193.
 § 33 §§ 6 sqq. C. 193.
 § 34 C. 191.
 § 35 = 285.
 § 36 § 1 sqq. C. 190. 191.
 § 36 § 2 C. 191.
 § 37 C. 191.
- f. Collatio legum MOSAICARUM et ROMANARUM.
 Tit. II Cap. 6 § 1 C. 327.
 § X § 7 § 11 = 42. 91.
- g. Consultatio veteris IC^{ti}.
 C. 6 C. 335.
- h. Codex HERMOGENIANUS.
 C. un. de cauta et non numerata pecun. (I) C. 267.
 C. un. ad exhibendum (VIII) C. 174.
- i. Codex THEODOSIANUS.
 Lib. I Tit. I de constitutionib.
 C. 5 C. 276.
 C. 6 = 276.
- Lib. I Tit. 10 de officio Comit sacrar. largition.
 C. 3 C. 250.
 § 22 de off. iud. omn.
 C. 1 C. 339. 340. 346.
- Lib. II § 4 de denunciati. (2. 4).
 C. 2 C. 248.
 C. 3 = 250.
 C. 5 = 250.
 C. 6 = 250. 263. 320.
 C. 7 = 250.
 § 6 de temp. curs.
 C. 1 C. 321.
 § 8 de feriis.
 C. 21 C. 28. 296.
 § 13 de actionib. ad potent. translat.
 C. un. C. 271.
 § 15 de dolo.
 C. 1 C. 250.
 § 27 si certum petat. de chirogr.
 C. un. C. 261 ff. 273. 275. 348.
 § 28 de pecun. sequestrat. prohibit.
 C. un. C. 265. 271 ff. 301.
 § 30 de pignorib.
 C. 2 C. 271.
 § 31 quod iussu.
 C. un. C. 272.
 § 32 de peculio.
 C. un. C. 272.
- Lib. III § 5 de sponsalib.
 C. 10 C. 375.
 C. 11 §§ 1 u. 4 C. 375.
 § 7 de nuptiis.
 C. 1 C. 24.
- Lib. III § 4 de testamentis.
 C. 2 C. 266.
 C. 6 = 267.
 § 8 de liberal. causa.
 C. 5 C. 255.
 C. 6 = 36. 251. 294. 295. 297. 298.
 § 20 qui bonis ex L. Julia cedere possunt.
 C. 1 C. 345.
 § 23 utrobi.
 C. un. C. 250. 355.
- Lib. VIII § 8 de executorib.
 C. 2 C. 336. 340.
 C. ult. = 271.

- Lib. VI Tit. 15 de iis quae administr.
C. 6 § 1 C. 250.
- Lib. VIII § 1 de accusationib.
C. 14 C. 93.
§ 11 de priuat. carcer. custod.
C. 1 C. 345.
- Lib. X § 5 de aduoc. fisc.
C. 4 C. 320.
§ 10 sinupt. ex rescripto pet.
C. 1 C. 375.
- Lib. XI § 7 de exactionib.
C. 3 C. 337. 340.
C. 18 § 28. 296.
§ 30 de appellacionib.
C. 43 C. 294.
§ 36 quorum appellat. non recip.
C. 2 C. 285.
C. 3 § 285.
C. 11 § 285.
C. 15 § 285.
C. 16 § 285.
C. 25 § 283 ff. 294.
296. 298.
C. 30 § 285.

- Lib. XIII Tit. 3 de medicis.
C. 3 C. 340.
§ 11 de censorib.
C. 5 C. 28. 296.
- k. Nouellae constitutiones
Imp. THEODOSII II. etc.
Nouella VALENTIN. III. Tit. XXXIII. 1
(HAENEL). C. 319.
- l. Breuiarium ALARICIANUM.
Interpret. ad CC. 1. 4. 6. C. Th. de
denunciat. (2. 4.) C. 335.
Interpret. ad C. 1. C. Th. si cert. pet.
de chirogr. (2. 27) C. 267.
Gaius Epitom. Lib. II Tit. 11 § 186
C. 70.
Interpret. ad C. 1 C. Hermog. de
cant. et non num. pecun. (I)
C. 267.
- m. Lex. Romana BURGUNDIONUM.
Tit. II C. 335.
- n. Edictum THEODORICI.
C. LXXIII C. 335.

2. Justinianische Quellen.

a. Institutiones.

- Lib. I Tit. 13 de tutel.
§ 2 C. 367.
§ 21 de auctor. tutor.
Pr. C. 393.
§ 24 de satisfact. tutor.
§ 3 C. 369.
§ 26 de suspect. tutorib.
§ 5 C. 390.
- Lib. II § 1 de rer. diuis.
§ 11 C. 394.
§ 21 de literar. obll. C. 267.
- Lib. III § 19 de inutilib. stipulationib.
C. 318.
§ 23 de empt. uendit.
Pr. C. 380.
§ 24 de locat. et conduct.
§ 1 C. 71.
§ 2 C. 71.
- Lib. III § 1 de obll. quae ex delict.
§ 4 C. 170. 171.
§ 5 de obll. quas ex delict.
Pr. C. 53.

- Lib. III Tit. 6 de actionib.
§ 15 C. 306.
§ 10 de iis per quos agere
possumus.
Pr. C. 400.
§ 11 de satisfactionib.
C. 312.
Pr. C. 150. 313.
§ 2 C. 313 ff.
§ 4 § 316.
§ 5 § 316.
§ 6 § 316.
- § 13 de exceptt.
§ 2 C. 267.
§ 16 de poena temere liti-
gantium.
§ 3 C. 315.
§ 15 de interd.
§ 4 C. 114.

b. Pandectae.

- Lib. I Tit. 1 de iustit. et iur.
Fr. 11 C. 297.

Lib. I Tit. 2 de orig. uir.	
Fr. 2 § 24	€ 125.
§ 3 de legib.	
Fr. 32 § 1	€ 235.
§ 35	€ 235.
§ 36	€ 235.
§ 16 de offic. Proconsul. et Legat.	
Fr. 10 pr.	€ 323.
§ 18 de offic. Praesid.	
Fr. 3	€ 166.
§ 8	€ 323.
§ 16	€ 164. 175.
	352.
Lib. II § 1 de iurisd.	
Fr. 13	€ 169.
§ 4 de in ius uoc.	
Fr. 2	€ 166.
§ 17	€ 158.
§ 22 § 1	€ 107.
§ 6 in ius uocati ut eant	
	€ 109.
§ 8 qui satisd. cog.	€ 150.
	349.
Fr. 4	€ 119.
§ 7 § 1	€ 161.
§ 7 § 2	€ 153 ff.
	161. 350.
§ 15	€ 155.
§ 15 § 6	€ 192.
§ 16	€ 110.
§ 9 si ex noxali causa agatur	€ 349.
Fr. 1 pr.	€ 315.
§ 10 de eo per quem	€ 349.
§ 11 si quis cautionib.	€ 349.
Fr. 15	€ 119.
§ 13 de edendo.	
Fr. 1 § 3	€ 282.
§ 14 de pactis.	
Fr. 2 § 1	€ 201.
§ 7 § 2	€ 71.
§ 7 § 5	€ 41.
§ 7 § 15	€ 41.
§ 50	€ 41.
Lib. III Tit. 3 de procuratorib.	
Fr. 25	€ 390.
§ 73	€ 119. 365.
	390.
§ 5 de negot. gest.	
Fr. 3 § 8	€ 323.
§ 6 de calumniatorib.	
Fr. 1	€ 323.

Lib. III Tit. 6 Fr. 3 § 3	€ 323.
Lib. III § 3 de dolo.	
Fr. 7 § 7	€ 96.
§ 9 § 3	€ 37. 48.
	53. 116. 195.
§ 34 (35)	€ 122.
§ 4 de minorib.	
Fr. 7 § 2	€ 365.
§ 37	€ 168.
§ 6 ex quib. caus maior.	
Fr. 15 § 1	€ 212.
§ 18	€ 168.
§ 26 § 4	€ 119.
§ 7 de alien. iud. mut. c.	
Fr. 4 § 1	€ 236.
§ 8 de receptis.	
Fr. 1	€ 52. 79.
§ 2	€ 79.
§ 3 § 1	€ 52. 79.
	86.
§ 9 § 4	€ 57. 58.
§ 9 § 5	€ 58.
§ 10	€ 58.
§ 11 pr.	€ 58.
§ 11 § 2	€ 65. 85.
§ 11 § 3	€ 64.
§ 13	€ 78.
§ 13 § 2	€ 86.
§ 15	€ 58. 86.
§ 16	€ 58.
§ 17 pr.	€ 58.
§ 27	€ 80.
§ 27 § 2	€ 81.
§ 28	€ 79.
§ 32 pr.	€ 79.
§ 32 § 3	€ 55.
§ 32 § 4	€ 58.
§ 32 § 5	€ 58.
§ 32 § 8	€ 90.
§ 32 § 12	€ 86.
§ 40	€ 55.
§ 41	€ 52.
§ 45	€ 55.
Lib. V § 1 de iudic.	
Fr. 21	€ 119.
§ 22	€ 158.
§ 23	€ 330.
§ 24 § 2	€ 119.
§ 39	€ 169.
§ 48	€ 166.
Lib. VI § 1 de rei vindicat.	
Fr. 1 § 2	€ 217.
	391 ff.
§ 68	€ 300.

Lib. VI Tit. 1	Fr. 80	€.	119.
Lib. VII	1 si quadrupes.		
	Fr. 1 § 15	€.	172.
	2 ad Leg. Aquil.		
	Fr. 23 § 4	€.	91. 92.
	33	€.	403.
	4 de noxalib. actionib.		
	Fr. 22 § 4	€.	172.
Lib. X	2 famil. ercisc.		
	Fr. 4 § 2	€.	208.
	4 § 3	€.	365.
	5	€.	204. 364.
	27	€.	206.
	4 ad exhibend.		
	Fr. 3 § 9	€.	172.
	3 § 13	€.	172.
	5 § 6	€.	173.
	11	€.	172.
	11 § 1	€.	159.
			175. 352.
	12 § 2	€.	170.
	12 § 5	€.	173.
Lib. XI	1 de interrogation. in iure.		
	Fr. 4	€.	172.
	5	€.	171.
	7	€.	171.
	8	€.	171.
	11 § 3	€.	172.
	15	€.	171.
	17. sq.	€.	172.
	20	€.	172.
	20 § 1	€.	171.
	21	€.	171.
	22	€.	172.
	4 de fugitiuis.		
	Fr. 3	€.	170.
Lib. XII	1 de rebus credit.		
	Fr. 2 § 1	€.	34. 158.
	2 de iurciurando.		
	Fr. 3 § 2	€.	391.
	4 de conduct. caus. dat.		
	Fr. 3 § 3	€.	71.
	15	€.	92. 94.
Lib. XIII	1 de cond. furt.		
	Fr. 7 § 1	€.	170.
	7 de pignerat. act.		
	Fr. 4	€.	87.
	13 § 1	€.	199.
	14	€.	199.
	20	€.	81.
	24 § 3	€.	199.
	43	€.	158.
Lib. XIII	3 de institor. act.		
	Fr. 5 § 15	€.	375. 382.

Lib. XVI Tit. 3	depositi.		
	Fr. 1 § 6	€.	41. 53.
	1 § 11	€.	37.
	1 § 12	€.	39. 40.
	1 § 13	€.	44. 49.
	1 § 22	€.	41. 47.
	1 § 27	€.	69.
	1 § 33	€.	37.
	1 § 35	€.	53.
	1 § 36	€.	365.
	1 § 37	€.	159.
			365.
	1 § 44	€.	37. 38.
	5 § 1	€.	46. 60.
			105.
	5 § 2	€.	56. 159.
			365.
	6	€.	35. 37. 77.
	7 pr.	€.	91. 95.
	12 § 1	€.	60. 106.
	12 § 2	€.	46. 53. 59.
	13	€.	75.
	17 pr.	€.	36. 62.
	17 § 1	€.	52. 226 ff.
	33	€.	36. 89.
Lib. XVII	1 mandati.		
	Fr. 56 § 1	€.	368.
Lib. XVIII	1 de contrah. empt.		
	Fr. 32	€.	368.
	35	€.	381.
	3 de lege commissoria.		
	Fr. 6	€.	381.
	8	€.	381.
	4 de hered. uel act. uend.		
	Fr. 22	€.	87.
Lib. XVIII	1 de act. empt. uend.		
	Fr. 11 § 6	€.	375. 383.
	13 § 8	€.	87.
	3 de aestimatoria.		
	Fr. 1 § 1	€.	73.
	5 de praescript. uerb.		
	Fr. 1 § 1	€.	39. 71.
	2	€.	39.
	3	€.	39.
	4	€.	39.
	5 § 2	€.	39.
	5 § 4	€.	39.
	8	€.	73.
	16 (17) § 1	€.	122.
	17 § 1	€.	72.
	17 § 5	€.	16. 66.
			73. 77.
	18	€.	38. 40. 123.
	19 pr.	€.	71.

- Lib. XVIII Tit. 5 Fr. 20 pr. C. 71.
 § 20 § 1 C. 72.
 § 24 C. 72.
 § 26 § 73.
Lib. XX § 4 qui potiores.
Fr. 9 § 1 C. 69.
 § 10 C. 303.
 § 11 pr. C. 69.
 § 11 § 1 C. 69.
Lib. XXI § 1 de Aedil. Edict.
Fr. 31 § 8 C. 87.
 § 2 de euictionib.
Fr. 50 C. 304.
 § 74 § 158.
 § 74 § 1 C. 304.
Lib. XXII § 3 de probationib.
Fr. 2 C. 233.
 § 25 pr. C. 232.
Lib. XXIII § 3 de iur. dot.
Fr. 2 C. 211.
Lib. XXIII § 3 solut. matrim.
Fr. 1 C. 211.
 § 22 (23) § 8 C. 209.
212. 295.
 § 24 C. 210.
 § 34 § 119.
Lib. XXV § 3 de agnoscend. liber.
Fr. 1 § 16 C. 391.
 § 3 § 2—5 C. 391.
402.
Lib. XXVI § 1 de tutel.
Fr. 1 § 1 C. 366.
 § 6 § 4 § 212.
Lib. XXVII § 3 de tutelae et rationibus
distrabend.
Fr. 9 § 5 C. 119.
 § 9 de rebus eor. qui sub
tut.
Fr. 5 § 13 C. 158.
Lib. XXVIII Tit. 1 de testam. milit.
Fr. 33 C. 84.
Lib. XXXI de legatis II^o.
Fr. 77 § 26 C. 365.
Lib. XXXIII Tit. 1 de annuis legatis.
Fr. 20 C. 367.
 § 4 de dote praelegat.
Fr. 3 C. 209.
 § 5 § 87.
Lib. XXXV § 2 ad L. Falcid.
Fr. 5 § 1 C. 119.
Lib. XXXVI § 1 ad SC. Trebell.
Fr. 63 § 4 C. 232.
 § 78 § 12 § 180.
 § 3 ut legator. seu fi-

- deicomm. seruandor.
caus. caueatur. C. 177.
Fr. 1 pr. C. 185.
 § 1 § 9 § 183.
 § 1 § 10 § 183.
 § 5 § 1 § 176 ff.
191. 195. 237.
352. 359.
Lib. XXXVI Tit. 4 ut in poss. legator.
 C. 178.
Fr. 5 C. 178.
 § 5 § 27 C. 158.
Lib. XXXVII § 6 de collat.
Fr. 1 § 9 C. 156. 178.
 § 1 § 10 § 178. 180.
182.
 § 1 § 11 § 178.
 § 1 § 12 § 178.
 § 1 § 13 § 178. 180.
182.
 § 2 § 9 § 179. 180.
 § 2 § fin. § 182.
 § 3 pr. § 180.
 § 15 de obseq. par.
Fr. 5 pr. C. 323.
Lib. XXXVIII Tit. 5 de donationib.
Fr. 31 § 3 C. 364.
Lib. XL Tit. 2 de manum. uindict.
Fr. 8 C. 158.
 § 23 § 158.
 § 5 de fid. lib.
Fr. 4 § 8 C. 86. 110.
 § 9 qui et a quib. manum.
Fr. 14 § 5 C. 232.
 § 7 de statuliber.
Fr. 4 pr. C. 365.
 § 12 de liberal. caus.
Fr. 24 pr. C. 119.
Lib. XLI § 1 de acquir. rer. dom.
Fr. 36 C. 393.
 § 2 de acquir. uel ammitt.
poss.
Fr. 1 § 2 C. 393.
 § 1 § 15 § 241.
 § 3 § 4 § 393.
 § 3 § 18 § 75.
 § 3 § 23 § 237.
 § 28 C. 84.
 § 36 § 241.
 § 39 § 226. 230 ff.
 § 3 de usurpationib.
Fr. 16 C. 241.
 § 6 pro donato
Fr. 5 C. 236.

- Lib. XLII Tit. 1 de re iudic.
 Fr. 15 § 312.
 § 64 § 323.
 § 4 de cessione honor.
 Fr. 6 § 2 § 212.
 § 5 de rebus auctoritate
 iudicis possidend.
 Fr. 24 § 2 § 368.
 § 8 quae in fraudem cre-
 ditorum.
 Fr. 10 § 16 § 344.
 Lib. XLIII § 1 de interd.
 Fr. 2 § 2 § 215.
 § 5 de tabul. exhibend.
 Fr. 3 § 3 § 365.
 § 5 § 173. 237. 364.
 § 19 de itinere actus priuat.
 Fr. 1 pr. § 217.
 § 1 § 2 § 217.
 § 29 de homine libero ex-
 hibendo.
 Fr. 3 § 10 § 390.
 § 30 de liber. exhibend.
 Fr. 3 pr. § 213.
 § 3 § 1 § 213.
 § 3 § 3 § 213 ff.
 391. 402.
 § 3 § 4 § 390.
 § 31 utrubi.
 Fr. un. § 100.
 Lib. XLIII Tit. 2 de except. rei iudic.
 Fr. 11 § 4 § 393.
 § 4 de doli except.
 Fr. 4 § 3 § 79.
 § 7 de obligationib. et
 actionib.
 Fr. 1 pr. § 393.
 § 11 § 318.
 § 53 § 235.
 Lib. XLV Tit. 1 de uerbor. obligationib.
 Fr. 5 § 184.
 § 27 pr. § 119.
 § 52 § 156.
 § 97 § 2 § 119.
 Lib. XLVI § 1 de fideiussorib.
 Fr. 52 § 3 § 50.
 § 64 § 368.
 § 3 de solutionib.
 Fr. 30 § 119.
 § 39 § 37. 204.
 § 5 de praetor. stipula-
 tionib.
 Fr. 1 pr. § 184.
 § 1 § 1 § 156.

- Lib. XLVI Tit. 5 Fr. 1 § 2 § 184.
 § 1 § 3 § 184.
 § 7 § 87. 100. 155.
 § 9 § 156.
 § 7 iudic. solui.
 Fr. 16 § 119.
 § 18 § 119.
 Lib. XLVII § 2 de furtis.
 Fr. 1 § 1 § 75.
 § 1 § 2 § 75.
 § 15 § 2 § 87.
 § 19 §§ 1—4 § 171.
 § 52 § 19 § 75.
 § 61 § 8 § 76.
 § 66 pr. § 76.
 § 67 pr. § 75.
 § 72 § 158.
 § 8 ui honor. raptor.
 Fr. 1 § 119.
 § 10 de iniur.
 Fr. 15 § 34 § 92. 94.
 § 15 § 41 § 95.
 § 15 § 42 § 91. 92.
 94.
 § 15 § 44 § 119.
 Lib. XLVIII Tit. 2 de accusat.
 Fr. 12 §§ 3. 4 § 93.
 § 3 de custod. reor.
 Fr. 8 § 158.
 § 5 ad L. iul. de adult.
 Fr. 5 § 235.
 § 13 ad L. iul. de peculat.
 Fr. 5 § 365. 367.
 § 18 de quaestionib. § 91.
 Fr. 1 § 1 § 91.
 § 1 § 27 § 158.
 § 18 § 92.
 § 19 de poenis.
 Fr. 6 § 1 § 167.
 § 9 § 8 § 159.
 § 20 de bonis damnator.
 Fr. 6 § 158.
 Lib. XLVIII § 1 de appellationib.
 Fr. 4 § 285.
 § 21 § 3 § 187 ff.
 352. 359.
 § 5 de appellat. rec.
 Fr. 2 § 92.
 § 5 § 1 § 291.
 § 14 de iure fisci.
 Fr. 2 §§ 1. 3 § 174.
 § 17 de castrensi pecul.
 Fr. 4 § 84.

- Lib. L Tit. 16 de uerbor. signific.
 Fr. 5 §. 274.
 § 16 § 108.
 § 110 § 4. 35. 62.
 § 178 § 274.
 § 188 § 1 §. 87.
 § 195 §. 215.
 § 17 de regul. iur.
 Fr. 25 §. 155.
 § 45 § 81.
 § 73 § 318.
 § 159 § 393.
- c. Codex.
- C. Haec quae necessario § 2 §. 277.
- Lib. I Tit. 3 de episcopis.
 C. 25 § 1 §. 329.
 C. 31 §. 329.
 C. 33 (32) § 2 §. 328.
 C. 33 § 3 §. 329.
 C. 35 §. 329.
 § 4 de episcopal. audientia.
 C. 26 § 6 §. 335.
 § 48 de offic. diuorsor.
 C. 1 §. 339. 346.
- Lib. II § 8 de aduocat. diuorsor.
 C. 3 § 6 §. 339. 341.
 C. 5 § 6 §. 339. 341.
 § 14 ne liceat potentiorib.
 C. 2 §. 271.
 § 56 de receptis.
 C. 1 §. 79. 81.
 C. 4 § 68.
 C. 5 § 78. 88.
- Lib. III § 1 de iudic.
 C. 14 §. 79.
 § 2 de sportulis.
 C. 1 §. 336.
 C. 4 § 1 §. 332. 341.
 § 31 de heredit. pet.
 C. 11 §. 171.
 § 38 communia utriusque iudicii.
 C. 5 §. 205. 296. 297.
 § 42 ad exhibendum.
 C. 8 §. 163. 194.
- Lib. IIII § 4 de prohibit. sequestrat. pecun.
 C. un. §. 271.
 § 10 de O. et A.
 C. 12 §. 345.
 § 18 de const. pec.
 C. 2 §. 274.
 C. 2 § 1 §. 275.
- Lib. IIII Tit. 20 de testib.
 C. 7 §. 174.
 § 21 de fide instrumentor.
 C. 2 §. 266.
 C. 3 § 266.
 C. 17 § 380.
 C. 20 § 263.
 § 24 de pigneratic. act.
 CC. 4—8 §. 199.
 C. 9 §. 198. 368.
 C. 13 § 272.
 § 30 de non numerat. pec.
 C. 4 §. 267.
 § 34 depositi.
 C. 5 §. 36. 201. 208.
 C. 6 § 36. 45. 204. 208.
 § 42 de appellationib.
 C. 6 §§ 4—6 §. 195.
 § 45 quando liceat ab emptione
 C. 2 §. 384.
 § 46 si propter publicas pensionationes.
 C. 3 §. 330.
 § 49 de act. empt. uend.
 C. 3 §. 384.
- Lib. V § 3 de donationib.
 C. 20 §. 330.
 § 12 de iure dot.
 C. 29 §. 210.
- Lib. VI § 42 de fideicomm.
 C. 24 §. 175.
 § 54 ut in poss. legator.
 C. 5 §. 178.
- Lib. VII § 3 de lege Fusia-Caninia tollenda.
 C. 1 §. 355.
 § 7 de comm. seruo manum.
 C. 1 § 2 §. 159.
 § 17 de assertionem tollenda.
 C. 1 §. 355.
 § 18 quibus ad libertatem proclamare.
 C. 3 §. 252.
 § 65 quor. appellat. non rec.
 C. 5 §. 283 ff. 296. 352.
 § 71 qui bonis.
 C. 1 §. 345.
 C. 8 § 345.
 § 73 de bonis auctoritate iudicis possid.
 C. 10 § 2 i. f. §. 358.

- Lib. VIII Tit. 18 qui potiores.
 C. 2 § 303.
 § 23 si in causa iudicat.
 C. 1 § 303.
 C. 2 § 304.
 § 47 de patr. pot.
 C. 1 § 392.
 C. 9 § 391.
 C. 10 § 251.
 § 51 de postlim. reuers.
 C. 3 § 212. 237.
 Lib. VIII § 2 de accusationib. et inscriptionib.
 C. 2 § 93.
 C. 13 § 93.
 § 4 de custodia reorum.
 C. 6 § 339. 342.
 § 5 de priuat. carcer.
 C. 1 § 345.
 § 12 ad L. Cornel. de ui.
 C. 4 § 93.
 § 22 ad L. Cornel. de fals.
 C. 24 § 266.
 Lib. X § 11 de delatorib.
 C. 6 § 333.
 C. 8 § 7 § 315. 333.
 § 19 de exact. tribut.
 C. 2 § 337.
 § 52 de professorib.
 C. 6 § 339. 341.

- Lib. XI Tit. 47 agricol.
 C. 17 § 271.
 C. 20 § 353 ff.
 § 49 in quib. caus. coloni.
 C. 2 § 355.
 Lib. XII § 1 de dignitatibus.
 C. 17 § 330.
 § 22 de principib. agentium in rebus.
 C. 8 § 331.
 § 26 de castrensib.
 C. 4 § 330.
 § 30 de priuilegiis scholarum.
 C. 3 § 331.
 § 61 de executorib.
 C. 4 § 272.

d. Nouellae Iustin.

- Nou. 18 C. 8 § 266. 262.
 § 49 C. 3 § 263.
 § 53 § 307 ff. 319. 333. 335.
 343 f.
 § 73 C. 7 § 263.
 § 74 C. 4 § 2 i. f. § 358.
 § 82 C. 11 § 88.
 § 123 C. 21 § 156.
 § 134 C. 9 § 339. 345 f.
 § 135 C. 1 § 345.

3. Nachjustinianische Quellen.

a. THEOPHILI Paraphras. Institutionum.

- Ad § 2 I. de tutel. (1. 13) § 367.
 Ad § 3 I. de inofficioso testam. (2. 18) § 31.
 Ad Pr. I. de empt. uendit. (3. 23) § 380.
 Ad § 4 I. de obll. ex delict. (4. 1) § 171.
 Ad Pr. I. de obll. quasi ex delict. (4. 5) § 53.
 Ad § 2 I. de satisfactionib. (4. 11) § 313.
 Ad § 4 I. eod. § 316.
 Ad Pr. I. de interd. (4. 15) § 115.
 Ad § 7 I. de interd. (4. 15) § 114.

b. Basilica.

- II. 2, 107 § 32. 35.

- VII. 6, 20 § 332.
 14, 7 § 2 § 154.
 VIII. 1, 20 § 3 § 187.
 VIII. 1, 20 i. f. § 359.
 1, 46 § 296.
 XIII. 2, 7 pr. § 91.
 2, 12 § 53.
 2, 17 § 227. 232.
 2, 38 § 201.
 XX. 4, 17 § 5 § 73.
 XLII. 3, 5 § 204.
 XLVIII. 21, 1 § 256.
 LVI. 7, 8 § 315. 333.
 LX. 21, 14 § 95.
 LX. 35, 22 § 339.

c. PETRI Exceptiones Legum Romanorum III. 60 § 313.

II. Stellen aus Nichtjuristen.

- XENOPHON. Anab. V. 3, 6 ©. 363.
 T. MACCI PLAUTI Comoediae.
 Aulularia II. 5, 21 ©. 95.
 III. 6, 47 ©. 364.
 Bacchides II. 3, 73 sqq. 101 sqq.
 ©. 364.
 III. 9, 132 u. 133 ©. 68.
 Casina Prol. 75 u. 76 ©. 68.
 Curculio I. 3, 48 ©. 366.
 II. 3, 75 sqq. ©. 68.
 Epidicus V. 2, 34—36 ©. 68.
 Mercator III. 4, 78 ©. 170.
 III. 3, 20 sqq. ©. 12. 124.
 149.
 III. 3, 36 ©. 3.
 III. 4, 11 sq. ©. 125.
 Miles gloriosus III. 3, 38 sqq. ©. 369.
 III. 3, 56 ©. 369.
 III. 1, 11 ©. 369.
 III. 2, 58 ©. 370.
 III. 8, 54 u. 55 ©. 229.
 Mostellaria III. 1, 107 sqq. ©. 370.
 III. 3, 13 ©. 370.
 III. 2, 61 ©. 370.
 III. 3, 18 ©. 370.
 V. 1, 29 ©. 371.
 V. 1, 38 sq. u. 44 ©. 92.
 Persa II. 1, 18 ©. 112.
 II. 2, 4—6 ©. 68.
 Poenulus III. 1, 58 sqq. ©. 170.
 III. 4, 27 ©. 170.
 III. 5, 16 ©. 170.
 V. 4, 72 ©. 68.
 V. 5, 1 sqq. ©. 371.
 V. 6, 22 ©. 371.
 Rudens Prolog. uu. 44 sqq. ©. 371.
 II. 6, 70 sqq. ©. 371.
 III. 6, 22 ©. 371.
 III. 3, 62 sqq. ©. 9.
 III. 3, 65 ©. 6.
 III. 3, 76 sqq. ©. 10. 236.
 III. 3, 79 ©. 36.
 III. 3, 96 ©. 11.
 III. 4, 83 sqq. ©. 11.
 Trunculentus III. 2, 18 sqq. ©. 370.
 Fragm. Vidular. ©. 3. 12. 130.
 P. TERENTII AFRICI Comoediae.
 Eunuchus III. 3, 8 sq. ©. 390.
 III. 4 ©. 369.
 Heautontimorum. III. 4, 10 sqq. ©.
 372. 379.
 Heautontimorum. III. 3, 42 sqq. ©.
 372.
 M. PORCIUS CATO De re rustica XXI. 2
 ©. 7.
 GXLVI. 2
 ©. 71.
 M. T. CICERO.
 Rhetoricorum ad Herennium II. 13
 (12) ©. 119.
 Rhetoricorum libr. II qui sunt de
 inuentione rhetorica II. 22. ©. 235.
 De oratore I. 10, 42 ©. 138.
 I. 35 ©. 296.
 Topica V i. f. ©. 393.
 VIII ©. 366.
 Partitiones oratoriae XXVIII. XXVIII.
 ©. 119.
 XXXV ©. 91.
 Oratio pro Quinctio V. VI. XIX. XXI.
 XXVIII ©. 108.
 Sex. Roscio Amerino XVIII
 i. f. XLI ©. 91.
 Q. Roscio Comoedo VI ©.
 378. XIV ©. 148.
 Diuinatio in Q. Caecilium C. 17
 ©. 386.
 Actio in C. Verrem prima XII. 36
 ©. 3. 19.
 Accusat. in C. Verrem II CC. 22 u. 23
 ©. 387.
 II 44 § 108
 ©. 20.
 III C. 44 ©.
 366.
 Oratio pro A. Caecina III. ©. 378.
 VII. ©. 105.
 XII. ©. 101.
 XXXIII. ©. 146.
 A. Cluentio Avito
 VIII. 25 ©. 20.
 XXVI. 72 ©. 19.
 XXXI. 86 ©. 17 ff.
 XXXII. 87 ©. 17 ff.
 XLIII. ©. 148.
 LXIII. ©. 91. 94.
 LXIII. ©. 91.
 LXV. ©. 91.
 LXVI. ©. 91.
 Oratio pro L. Flacco XXI. 49 ©. 119. 380.
 Cn. Plancio XVI ©. 19.
 M. Coelio VIII ©. 105.

- Oratio pro T. Annio Milone XXII §. 91.
 XXVII §. 138.
 " " Rege Deiotaro I §. 91.
 " " Domo sua XXVIII §. 138.
 146.
 " " Tullio XX §. 108.
 Epistular. ad familiares V. 20 §. 364.
 VII. 4 §. 105.
 VII. 12 §. 378.
 XIII. 56, 2 §. 71.
 " " Atticum VIII. 10 §. 229.
 " " " XV. 15 §. 364.
 " " Quintum fratrem III. 4 §. 231.
 Tusculanarum disputationum
 III. 22 §. 136.
 V. 37 §. 229.
 De divinatione I. 46 §. 296.
 De legibus II. 9 §. 364.
 16 §. 363. 364. 367.
 De officiis II. 9 i. f. §. 390.
 III. 15 §. 378.
 17 §. 42. 378.
 69 u. 70 §. 42.
 De natura Deorum III. 30 §. 378.
 De republica V. 2 §. 142.
 Q. CICERO De petitione consulat. C. ult.
 §. 20.
 PSEUDO-ASCONIUS ad M. T. CICERON.
 In act. in C. Verrem I^{am}. XII. 36
 §. 19. 36.
 In accus. in C. Verrem
 I. 9, 26 §. 133. 145.
 45, 115 §. 125.
 M. TERENTIUS VARRO.
 De re rustica I. 2 §. 366.
 II. 5 §. 104.
 De lingua latina V. 40. 47 §. 127.
 " " " 50 u. 52 §. 366.
 " " " 175 §. 373.
 " " " 180 §. 134. 363.
 " " " VI. 74 §. 125.
 " " " VII. 10 §. 363.
 " " " 12 §. 366.
 " " " VIII. 61 §. 366.
 C. IUL. CAESAR
 De bello Gallico I. 50 §. 229.
 De bello civili I. 23 §. 368.
 VALERIUS CATULLUS
 Carm. 44 ad Furdum u. 4 §. 68.
 CORNELIUS NEPOS Hannibal C. 9.
 Q. HORATIUS FLACCUS Satyr. I. 4, 14
 §. 131.

Anther, Esquefir.

- P. VERGILIUS MARO
 Aen. XI. 133 §. 3. 22.
 Eclog. III. 28—37 §. 67.
 T. LIVIUS
 Historiar. II. 20 §. 229.
 32 §. 22.
 III. 44 sqq. §. 125.
 45 §. 145. 255.
 46 §. 255.
 47 §. 125.
 56 sqq. §. 125.
 XLIII. 25 §. 363.
 DIONYS. HALICARN. XI. 28—37 §. 255.
 P. OVIDIUS NASO
 Ars. am. I. 168 §. 68.
 T. PHAEDRUS IIII. 20 §. 68.
 VALERIUS MAXIMUS II. 8, 2 §. 148.
 IIII. 3, 3 §. 68.
 VIII. 1, 7 §. 23.
 L. IUNIUS MODERATUS COLUMELLA De re
 rustica VIII. 2, 5 §. 67.
 L. ANNAEUS SENECA
 Ad Heluetiam matrem de consolatione
 XII. 5 §. 22.
 Ad Lucilium Epistular. moral. XX
 epist. 1^a §. 20.
 M. ANNAEUS LUCANUS
 Pharsal. X. 472 §. 22.
 C. SILIUS ITALICUS
 Punic. VI. 346 §. 22.
 PETRONIUS ARBITER.
 Satyric. XII — 15 §. 97 ff.
 " XCVII §. 170.
 C. PLINIUS SECUNDUS Maior
 Hist. nat. XXIII. 15, 85 §. 7.
 " " XXXIII. 6 i. f. §. 69. 375.
 M. FABIUS QUINTILIANUS
 Institut. orator. VIII. 2, 20 §. 7.
 " " XII. 8 §. 20.
 Declamatt. 245 §. 75.
 " 328. 338. 353 §. 91.
 M. VALERIUS MARTIALIS
 Epigr. I. 53 §. 256.
 P. PAPINIUS STATIUS
 Theb. II. 425 §. 22.
 " VII 542 §. 22.
 LACTANTIUS PLACIDUS ad STATIUM Theb.
 VII. 542 §. 14. 68. 82 u. 83.
 C. CORNELIUS TACITUS
 Annal. II. 57 §. 209.
 " XVI. 17—20 §. 101.
 S. IUL. FRONTINUS
 Strategematicon I. 4 §. 22.

C. Suetonius Tranquillus

Vita Iul. Caesar. C. 83 §. 364.

Vita Octavianiani C. 101 §. 364.

Vita Domitiani C. 1 §. 366.

D. Iunius Iuvenalis

Satyr. I. 90 §. 68.

§ VI. 27 §. 375.

§ XIII. 60 §. 75.

L. Apuleius Metamorph. I. 21 §. 372.

379.

III. 12 §. 327.

III. 18 §. 327.

VI. 31 §. 24.

VIII. 41 §. 170.

VIII. 15 §. 24.

22 §. 327.

X. 4 §. 327.

A. Gellius

Noct. Attic. II. 10, 4 §. 366.

§ § V. 4 §. 68.

§ § 19 §. 392. 399.

§ § VI. 1, 6 §. 366.

§ § XI. 18 §. 74. 170.

§ § XII. 10 §. 366.

§ § XIII. 7, 7 §. 363.

§ § XVI. 10 §. 146.

§ § XVII. 2 §. 99.

§ § 2, 21 §. 369. 376.

§ § XX. 1, 37 §. 143.

§ § 11 §. 4. 13. 15. 36.

M. Minucius Felix Octau. XXV. 12 §. 376.**Q. Septimius Florens Tertullianus**

Apologet. III. V. VI §. 83.

De resurrect. carn. XXVII §. 27.

§ § § XXXVIII §. 27.

§ § § LI §. 18. 84.

§ § § LII §. 28.

§ § § LXI §. 18.

§ § § LXIII §. 84.

Aduersus Praxean XXVII §. 18. 84.

§ Valentin. XXV §. 26.

De amina VI §. 83.

§ § XIII §. 28.

§ § XXV §. 26.

§ § LV §. 26.

§ § LVIII §. 27.

De pallio V §. 83.

Herodiani Histor. lib. I C. 14 §. 364.

§ § § III C. 4 i. f. §. 364.

Arnobius

Disput. adu. gentes III. 16 §. 138.

§ § § V. 19 §. 29.

§ § § VI. 20 §. 367.

Aelius Lampridius Alex. Seuer.

C. XXXVIII §. 368.

Eusebius Pamphili Hist. eccles. II. 2 §. 83.**Iul. Firmicus Maternus**

Astron. III. 13 §. 25.

VI. 31 §. 24.

S. Aurelius Victor De caesaribus XVI §. 248. 326.**S. Eusebius Hieronymus Laus uirginitatis §. 375.****Ammianus Marcellinus**

Historiar. XIII. 7, 21 §. 23.

§ XVII. 13, 29 §. 30.

§ XXX. 4 §. 327.

Fl. Vegetius Renatus

Art. ueterin. II. 1, 5 §. 29.

Q. Aurelius Symmachus

Epist. I. 55 §. 29.

§ 68 §. 29.

§ 74 §. 290.

§ III. 53 §. 290.

§ 72 §. 21.

§ III. 11 §. 21.

§ V. 40 §. 29.

§ VI. 11 §. 290.

§ 76 §. 29.

§ X. 43 §. 292.

§ 48 §. 290.

§ 50 §. 27.

§ 52 §. 321.

§ 53 §. 27. 287 ff.

S. Pompeius Festus

u. aedituus (Paull. Diacon.) §. 366.

u. manceps §. 127.

u. praes. §. 127.

u. sacramentum §. 133.

u. sequester §. 12. 14. 68. 82 u. 83.

u. supremum §. 99.

u. uindictae §. 125.

Servius Maurus Honoratus in Vergil.

Aen. VIII. 647 §. 367.

XI. 133 §. 4. 13. 68.

Eclog. III. 31 §. 27. 66. 68.

Aurelius Augustinus

Sermo XXIII De XXXIII u. Psalmi

LXXII CC. 8. 9 §. 373.

CLVII de uerbis Apostoli Rom.

VIII C. 15 §. 384.

CCCLXXVIII In die Pentecostes §. 374.

Aurelius Prudentius Clemens

Hamartig. CVIII sqq. §. 23.

Cathermer. X. 127 sqq. §. 27.

FLAVIUS SOSPATER CHARISIUS
Institutt. Grammat. I (PUTSCH p. 61)
§. 7.

AURELIUS MACROBIUS AMBROSIIUS THEODO-
SIUS

Saturn. III. 17, 15 sqq. §. 15. 66.
Comm. in Somn. Scipion. I. 5, 6 §. 29.

§	§	§	§	5, 13	} 30.
§	§	§	§	5, 33	
§	§	§	§	6, 8	
§	§	§	§	8, 8	
§	§	§	§	10, 4	
§	§	§	§	II. 4, 10	

C. SOLLIUS APOLLINARIS MODESTUS SIDO-
NIUS

Epist. I ep. ult. §. 30.
§ III 24 §. 197.

ANICIUS MANLIUS TORQUATUS SEVERINUS
BOETHIUS

De consol. philos. II. 5) §. 30.
§ § § III. 2)

In Topic. Cicer. C. 10 L. III §. 377.

MAGNUS AURELIUS CASSIODORUS Variar.
XI. 1 §. 30.

PRISCIANUS Grammaticus

VI (PUTSCH p. 692) §. 3.

X (PUTSCH p. 898) §. 3.

GREGORIUS M. Epist. Lib. I ep. 44 §. 356.

ISIDORUS HISPALENSIS

Originum siue Etymologiarum

V. 25, 19 §. 82.

25, 20 – 24 §. 374. 379.

X. N. 260 §. 4. 14. 68. 82
u. 83.

VALERIUS PROBUS § 4 P. P. L. V. §. 125.

GROMATICI VETERES ex rec. CAR. LACH-
MANNI I 314. 19 u. 20 §. 7.

SUIDAS Lexic. u. Ἀραβῶν.

INSCRIPTT.

GRUTER. p. 806 N. 5 §. 7.

ORELLI N. 3688 §. 7.

Ex Edf
5/8/23

Verbesserungen und Nachträge.

Seite 8 Zeile 4 v. u. und anderwärts lies GEsNER anstatt GESSNER.

• 9 • 4 v. u. lies sanum anstatt sanum.

• 20 • 14 v. o. • contingendam anstatt contingendum.

• 22 • 19 v. o. • Strategem. anstatt Strategam.

• 36 • 13 v. u. • BRENNMAN anstatt BRENNMANN.

• 63 • 5 v. u. • nicht notwendig streitig anstatt nicht streitig.

• 112 • 22 v. o. • PAEGNIUM anstatt PAEGENIUM.

Zu Seite 131 ff. Stinzing's neue Ausführung über die legis actio sacramento im 3. Heft des 3. Bds. der (Heidelberger) Kritischen Zeitschrift (S. 344 ff.) kam mir erst nach Vollendung des Drucks der einschlagenden Stellen meines Buchs zu Gesicht. Es freut mich mit dem genannten Schriftsteller in einigen Resultaten zusammenzutreffen, wenigleich unsere Ausgangspunkte sehr verschiedene sind.

Seite 168 Zeile 8 v. u. lies TRYPHONINUS anstatt TRYPHONIUS.

• 204 • 2 v. u. • LEONINUS anstatt LEONIUS.

Anderer kleine Fehler möge der geneigte Leser mir gütigst nachsehen.

